J. rom C.
61 t
Christiansen

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inſtitutionen

des

Römiſchen Rechts

oder

erſte Einleitung in das Studium des

Römiſchen Privatrechts

von

Dr. J. Chriſtianſen,
außerordentlichem Profeſſor des Civilrechts an der Univerſität zu Kiel.

Altona.
Joh. Friedr. Hammerich.
1843.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede.

Unter den vorhandenen Inſtitutionenlehrbüchern ſind einige, welche durch den Reichthum ihres Inhalts, durch die Größe des literäriſchen und des Quellenapparats ein größeres oder überhaupt ein anderes Publicum, als die eigentlichen Anfänger, einladen; andere Lehrbücher ſind wieder mehr geſchrieben um geleſen zu werden oder um ſelbſtändigen Studien, als um accademiſchen Vorträgen zum Hülfsmittel zu dienen; andere ſind zwar zur Grundlage für Vorleſungen beſtimmt, aber ſo eingerichtet, daß ſie durch dieſe noch weſentliche Ergänzungen finden ſollen; noch andere ſind bloß Leitfaden mit literäriſchem und Quellenrepertorium.

Das hier zu bevorwortende Inſtitutionencompendium iſt, wie ſein Titel ſagt, lediglich für Anfänger als erſte Einleitung in das Studium des Römiſchen Privatrechts gemeint. Wenn daſſelbe nun auch vielleicht neben anderen Lehrbüchern oder neben Lehrvorträgen,

die auf anderer Grundlage beruhen, mit Nutzen mag geleſen werden können, ſo war doch die Hauptabſicht des Verfaſſers, ſeinen mündlichen Lehrvorträgen in dem Buche eine Grundlage zu geben, und zwar nicht ſo, daß dieſes in Rückſicht der Maſſe des Materials durch jene noch weſentliche Vervollſtändigungen erhalten ſollte; ſondern es wurde vielmehr in dieſer Beziehung ſo viel gegeben, als nach des Verfaſſers Dafürhalten ein Inſtitutionenheft enthalten darf. Ein ſolches ſoll das Buch erſetzen, es ſoll die Anfertigung vollſtändiger Hefte während des Vortrags und durch denſelben entbehrlich machen, welche durch fortwährendes Dictiren nicht erzielt werden darf, und durch einen eigentlich freien Vortrag vor ganz Unkundigen nicht erreicht werden kann. Alle Mittelwege aber bringen nach des Verfaſſers Erfahrung leichter die Nachtheile beider Methoden, als die Vortheile einer von beiden. Was die Art der Behandlung betrifft, ſo iſt dieſe faſt durchweg ſo faßlich gehalten, daß die mündliche Erläuterung für den Zuhörer, welcher durch Vorbereitung und Repetition ſich im Zuſammenhang erhält, mehr Unterſtützung und oft nur Rechtfertigung, als Bedingung des Verſtändniſſes ſein wird. Der Vortrag ſoll das ſelbſtbegonnene Verſtändniß durch weitere Entwickelung, durch Zuſammenfaſſen, Analogie und Beiſpiel und vor allen Dingen durch die Exegeſe der abgedruckten Texte beleben, und intenſiv und extenſiv weiter führen; wobei es durchaus dem Ermeſſen des

Zuhörers überlaſſen bleibt, nach ſeinem individuellen Bedürfniß und Vermögen durch ſchriftliche Bemerkungen das Lehrbuch zu ergänzen. Die Unentbehrlichkeit exegetiſcher Anleitung für Inſtitutioniſten ſcheint auf erfreuliche Weiſe immer mehr anerkannt zu werden, und muß anerkannt werden bei der Erwägung, in welchem Grade die üblichen Pandektenvorträge und Lehrbücher ſchon das Vorhandenſein exegetiſcher Fertigkeit fordern; und für das Pandektenſtudium zu befähigen kann doch nach dem herrſchenden Lehrcurſus allein das Ziel der Inſtitutionen ſein. Wie ſehr aber endlich der Erfolg der exegetiſchen Uebungen geſteigert werden kann, wenn, wie das freilich nur auf kleineren Univerſitäten bei der geringern Zahl der Zuhöhrer recht ausführbar iſt, dieſe in beſondern ſich an die Vorleſung anſchließenden Stunden ſelbſt interpretiren, dafür braucht der Verfaſſer ſich nicht auf ſeine Erfahrung allein zu berufen. Wenn er nun hoffen darf, daß die dargelegte methodologiſche Tendenz bei Manchen Billigung finden werde, ſo bittet er dieſe beſonders, bei der Beurtheilung der Zweckdienlichkeit der Mittel, jene im Auge zu behalten; und er wird den von dieſem Standpunct ausgehenden Tadel eben ſo dankbar als unabhängig würdigen.

Zuhörers überlaſſen bleibt, nach ſeinem individuellen Bedürfniß und Vermögen durch ſchriftliche Bemerkungen das Lehrbuch zu ergänzen. Die Unentbehrlichkeit exegetiſcher Anleitung für Inſtitutioniſten ſcheint auf erfreuliche Weiſe immer mehr anerkannt zu werden, und muß anerkannt werden bei der Erwägung, in welchem Grade die üblichen Pandektenvorträge und Lehrbücher ſchon das Vorhandenſein exegetiſcher Fertigkeit fordern; und für das Pandektenſtudium zu befähigen kann doch nach dem herrſchenden Lehrcurſus allein das Ziel der Inſtitutionen ſein. Wie ſehr aber endlich der Erfolg der exegetiſchen Uebungen geſteigert werden kann, wenn, wie das freilich nur auf kleineren Univerſitäten bei der geringern Zahl der Zuhörer recht ausführbar iſt, dieſe in beſondern ſich an die Vorleſung anſchließenden Stunden ſelbſt interpretiren, dafür braucht der Verfaſſer ſich nicht auf ſeine Erfahrung allein zu berufen. Wenn er nun hoffen darf, daß die dargelegte methodologiſche Tendenz bei Manchen Billigung finden werde, ſo bittet er dieſe beſonders, bei der Beurtheilung der Zweckdienlichkeit der Mittel, jene im Auge zu behalten; und er wird den von dieſem Standpunct ausgehenden Tadel eben ſo dankbar als unabhängig würdigen.

Inhalt.

Einleitung .... Seite 1

Erſter Abſchnitt.

Allgemeines von dem Weſen des Rechts 5

Zweiter Abſchnitt.

Einige Data aus der Geſchichte der geſetzgebenden Gewalt des Römiſchen Staats 20

Hiſtoriſch=ſyſtematiſche Darſtellung des Römiſchen Privatrechts 87

Erſte Abtheilung.

Die urſprünglichen Rechtsgewohnheiten der Römiſchen privati, d. i. der Römiſchen Plebejer bis zur erſten Aufzeichnung derſelben in den 12 Tafeln 89

Zweite Abtheilung.

Das Privatrecht von den 12 Tafeln bis Juſtinian 127

Erſter Abſchnitt.

Allgemeines über das in Geſchichte übergehende Recht 127

Zweiter Abſchnitt.

Die einzelnen Rechtsverhältniſſe in ihrer geſchichtlichen Entwicklung 165

Erſtes Buch.

Unmittelbare, dingliche Vermögensrechte 165

Zweites Buch.

Mittelbare, perſönliche Vermögensrechte 276

Drittes Buch.

Familienrecht 559

Viertes Buch.

Erbrecht 664

Verbeſſerungen.

S. 306 Z. 16 v. o. l. Stichum ſt. Stickum.
" — " 4 v. u. l. obligari ſt. obigari.
" 312 " 12 v. u. l. Graece ſt. Grace.
" 320 " 21 l. mutuo ſt. multuo.
" 354 " 8 v. o. l. den Andern ſt. dem Andern.
" 368 " 3 v. u. l. pupillus ſt. papillus.
" — " 17 v. u. l. nomine ſt. nomino.
" 374 " 22 v. o. l. Haft, des ſt. Haft des.

Bayerische
Staatsbibliothek
MÜNCHEN

Einleitung.

In allen deutſchen Ländern beginnt das Studium der Rechtswiſſenſchaft mit dem Römiſchen Recht, in den meiſten bleibt daſſelbe das Hauptmittel, oder gar der Hauptgegenſtand auch der weiteren juriſtiſchen Bildung; und zwar weil in ganz Deutſchland ſchon ſeit Jahrhunderten in gewiſſem Sinne und Maaße Römiſches Recht gilt. Die aufſpringende Frage, wie ein fremdes, ein hiſtoriſch und geographiſch unſerer Gegenwart ſo entlegenes Recht dazu komme, dieſen Platz einzunehmen, ſcheint durch die Entgegnung, daß es gegenwärtig, ſeitdem viele Generationen hindurch danach gelebt und gerichtet, daſſelbe alſo angeeignet worden, kein fremdes mehr ſei, nicht erledigt, ſondern nur verſetzt, und lautet von dort: Welche beſondere Umſtände waren es denn vormals und damals, als man, ſei es allmählich oder plötzlich, das ſeiner Form, ſeinem Urſprung und Gehalt nach einſtmals doch gewiß fremde Recht aufnahm, ſtatt es bei der erſten Wahrnehmung ſeines Eindringens mit dem Nachdruck zurückzuweiſen, welchen die Ehre Deutſcher und jeder Nationalität in gleicher Lage zu fordern ſcheint?

Es waren hier durchaus keine beſondere Umſtände, die eine beſondere Folge gehabt hätten, ſondern allgemein wirkende Gründe einer allgemein Statt habenden Erſcheinung.

Um von der Erſcheinung zu beginnen, ſo iſt nichts Einziges und Sonderbares daran, daß wir, wie man ſagt, fremdes Recht haben, ſondern wir haben dann ebenſowohl fremde Sprache,

fremde Künſte, fremde Sitten, ja fremde Religion, welche letztere, da ihr Element grade die eigentlichſte Innerlichkeit und Unmittelbarkeit des Geiſtes iſt, vor allen das Fremde auszuſchließen ſcheint. Auch iſt es nichts Beſonderes, daß wir Deutſchen fremdes Recht, fremde Sitten und Moden haben, ſondern alle gebildeten Völker haben nach allen Seiten ihres geiſtigen und phyſiſchen Daſeins die Menge des Fremden ſich angeeignet, dieſes Volk in dieſer, jenes in jener Sphäre Mehres und Anderes. Und es fehlt nicht viel daran, daß man grade die Weite und Breite dieſer Aneignung, wenn ſie nur wahre Aneignung iſt, als die Bedingung und den Maaßſtab der Civiliſation und des eignen Reichthums eines Volkes annehmen könnte.

Ebenſo allgemein, wie die Erſcheinung, iſt der hervorbringende alſo erklärende Grund derſelben, und kein anderer, als das Weſen des Geiſtes und der Geſchichte überhaupt. Denn während die übrige Natur im Kreislauf ſich bewegend rückwärts verliert, was ſie vorwärts gewinnt, ſo hält die Menſchheit, indem ſie ſich erweiternd über ihren jeweiligen Zuſtand hinausgeht, das Wahre deſſelben, die Errungenſchaft ihrer Vergangenheit feſt. Das ſpätere Volk iſt nur die höhere Stufe des einen allenthalben in ſeinem Eigenthum befindlichen Geiſtes, und findet in der Verlaſſenſchaft der vorangegangenen ſein Eigenthum, es iſt dadurch, daß es und ſofern es dieſe beſitzt, das höhere und beſſere. Nur das Gute, das iſt das Wahrhafte und Dauerhafte, wird hinterlaſſen, und nur das Gute wird von dem guten Volke ergriffen. Das unmittelbare Genie, der Kunſttrieb, der einzelnen Völker iſt verſchieden; das Römiſche ergoß ſich in Staatskunſt und Recht, und die bewährten Normen beider bilden ſeinen Nachlaß. Von dieſem haben alle recht Europäiſchen Völker den ihnen eigenthümlichen Antheil bekommen, und wenn vor allen anderen das Deutſche Volk den größten, ſo kann das nur ſeine geiſtige Tiefe vor den anderen beweiſen, und darthun, daß ſein eigenthümlichſter, unmittelbarſter Genius ſchon in einer höheren ſittlichen Ordnung, als es die Rechtsordnung iſt, ſeinen Sitz hat.

Das ſomit zur Dauer und Verbreitung über ſeine Nachwelt durch ſeine Dauerhaftigkeit und Allgemeinheit berechtigte Römiſche Recht fand ſeinen Weg zu dem durch ſeinen verwandten Genius

zur Aufnahme ſeiner Vorzeit verpflichteten Deutſchen Volke durch die Rechtsſchule von Bologna. Dort wurde das Römiſche Recht, welches in Italien auch nach dem Untergange des weſtlichen Reiches ſeine Geltung behielt, gelehrt; von dort her holten es ſchon ſeit dem 12. und 13. Jahrhundert die Wißbegierigen aller Europäiſchen Nationen, um daſſelbe in ihrer Heimath, wo und wie es ihnen anwendbar ſchien, anzuwenden. Dieſe Gewohnheit wurde am Ende des 15. Jahrhunderts in Deutſchland von Kaiſer und Reich ausdrücklich gebilligt. Wie es gegenwärtig mit dieſer Geltung des Römiſchen Rechts ſich verhalte, oder ſich verhalten und nicht verhalten müſſe, darüber wird geſtritten. Um das für jeden Deutſchen Juriſten, möge er den richterlich oder legislativ practiſchen, oder den wiſſenſchaftlichen Standpunct einnehmen, nothwendige Stimmrecht in dieſer Angelegenheit zu gewinnen, muß vor allen Dingen das Römiſche Recht erkannt werden.

Das, was durch Gewohnheit bei uns recipirt und modificirt, hier zu erlernen iſt, iſt das Römiſche Recht in der Geſtalt, welche es in dem voluminöſen Geſetz- und Lehrbuch des Kaiſers Juſtinian hat; denn dieſes bildete die Grundlage der Bologneſer Rechtsſtudien. Da allein ſchon die Maſſe und der Reichthum des Juſtinianeiſchen Rechts es unthunlich macht, in einem Curſus das Ganze genügend zu umfaſſen, ſo hat man in neuerer Zeit das Studium deſſelben in drei Disciplinen zerlegt, nämlich in Inſtitutionen, Pandecten und Geſchichte des Römiſchen Rechts.

Den Gegenſtand der Inſtitutionen bilden die Grundzüge des reinen Römiſchen Privatrechts in der Geſtalt, in welcher es zu Juſtinians Zeit galt und in deſſen Geſetzbuch ſanctionirt iſt. Die Pandecten geben die ausführlichere Darſtellung des Römiſchen Privatrechts, welches gegenwärtig gilt. Die Rechtsgeſchichte als Disciplin des üblichen Lehrcurſus giebt die Entwickelung des Römiſchen Rechts von ſeinen Anfängen bis auf Juſtinian; denn die ſpätere Geſchichte des Rechts von Juſtinian bis auf die Gegenwart hat in dem gewöhnlichen academiſchen Curſus noch keinen Platz.

In Beziehung auf die Inſtitutionenvorträge iſt es jedoch ſeit längerer Zeit nicht bloß allgemeine Sitte, mit den Grundſätzen des Juſtinianeiſchen Privatrechts kurze hiſtoriſche Skizzen zu ver-

weben, ſondern es pflegt dieſer hiſtoriſch=ſyſtematiſchen Darſtellung des Juſtinianeiſchen Privatrechts ſelbſt noch eine kurze Geſchichte der Geſetzgebung und Rechtsbildung im Römiſchen Staate voran=geſchickt zu werden. Nicht minder angemeſſen endlich, allein ſchon deshalb, weil mit den Inſtitutionen das Rechtsſtudium überhaupt begonnen wird, pflegt die neueſte Methode jeder beſondern Erörterung über das Römiſche Recht allgemeine Bemerkungen über das Weſen des Rechts überhaupt voranzuſtellen.

Dieſer Sitte ſich anſchließend enthält denn auch die vorliegende Anleitung zum Studium des Römiſchen Privatrechts: I als Einleitung: 1) Allgemeine Andeutungen über das Weſen des Rechts überhaupt; 2) die Hauptdata der Geſchichte der geſetzgebenden Gewalt im Römiſchen Staate; II als ihren eigentlichen Gegenſtand: die hiſtoriſch=ſyſtematiſche Ueberſicht des aus dieſer Quelle hervorgegangenen Privatrechts.

Erſter Abſchnitt.

Allgemeines von dem Weſen des Rechts.

Da der Begriff des Allgemeinen oder die Philoſophie die Kenntniß und das Verſtändniß des Einzelnen und Beſonderen als ſolchen vorausſetzt, und nur darauf ausgeht, den aus dem bloßen Kennen und Verſtehen reſultirenden Schein der abſoluten Beſonderheit des Beſonderen zu nehmen, weil überhaupt alle Philoſophie Nachdenken iſt, ſo können dieſe allgemeinen Bemerkungen hier, wo noch keine Kenntniß vorausgeſetzt wird, auch keinen philoſophiſchen Gehalt haben, können überhaupt nicht Begriff des Rechts, ſondern nur Vorſtellungen und Verſtandesreihen ſein, in welchen gewiſſe Eigenſchaften, die allem beſondern Rechte gemein ſind, in der Form des Fortſchritts vom Allgemeineren zum Beſonderen, aber darum nicht philoſophiſch, vernünftig, ſondern nur verſtändig betrachtet werden. Die Wiſſenſchaft aber hat keine andere Form, als die des Fortſchritts vom Allgemeinen zum Beſonderen, und von Individuen wie von Zeitaltern muß das Allgemeine zuerſt in der verſtändigen, undurchdrungenen Weiſe beſeſſen werden; denn erſt danach ſtellt ſich das Bedürfniß und die Möglichkeit der Philoſophie und Durchdringung ein, wo ſie ſich überhaupt einſtellen.

Näher methodologiſch erhellt der Zweck dieſer wirklich nur einleitenden allgemeinen Bemerkungen aus Folgendem. Jeder, welcher an die Erlernung eines ihm fremden Gegenſtandes geht, von dem er nichts Einzelnes, geſchweige etwas Allgemeines weiß, hegt doch

leicht ein gewiſſes unmittelbares Meinen und Urtheil, welches, wenn nicht im häufigſten doch im beſten Fall, grade das Motiv der Wahl dieſes Gegenſtandes zu ſein pflegt, jedoch um nichts weniger, als ein jeder Kenntniß des zu beurtheilenden Gegenſtandes vorangehendes, kurz als Vorurtheil, ganz oder zum größten Theil falſch ſein wird. Solche natürliche, alſo unreine und falſche Vorſtellungen, welche an unweſentlichen Einzelheiten haften, das Weſentliche verkennen, welche den Blick auf das Wirkliche trüben und irre leiten müſſen, zu nehmen, iſt der Zweck dieſer allgemeinen Bemerkungen, welche hier zu Anfang nothwendig Schwierigkeit und Verwunderung hervorbringen müſſen; dagegen aber für den weitern Verlauf die Verwunderung und Schwierigkeit beſeitigen oder mindern werden. Dieſe Andeutungen ſollen mit andern Worten nur den ganz unorientirt an die Wiſſenſchaft Hinantretenden von vorn herein auf den Weg leiten, deſſen Verfolgung ihm nöthig iſt, um mit der möglichſten Leichtigkeit und Sicherheit, die der Sache entſprechenden, verſtändig geſäuberten Kenntniſſe und Vorſtellungen von den einzelnen Theilen des zu erlernenden Gegenſtandes nach und nach ſich anzueignen, deren Beſitz die unerläßliche Bedingung der wahren Erkenntniß des Ganzen und Allgemeinen iſt.

Hier alſo, wo noch jede Specialkenntniß des Rechts erlaſſen wird, alſo um ſo weniger irgend ein Wiſſen des Allgemeinen vorausgeſetzt werden kann, wird über das Weſen des Rechts ſo zu handeln ſein, wie vor einem alles Wo? Was? Wie? ganz Unkundigen.

§ 1.

I. Wo iſt das Recht?

Das Recht iſt eine weſentliche Eigenſchaft der Menſchheit, ſo daß bei allen Menſchen und nur bei den Menſchen Recht iſt. Es iſt eine unreine Vorſtellung, welche auch den Thieren eine Art des Rechts beilegt, welches ſie mit den Menſchen gemein hätten. In dem reinen Verſtande des Rechts ſind die Thiere nicht mitbegriffen.

§ 2.

II. Was iſt das Recht?

Das Allgemeinere, das Element des Rechts, aus welchem es beſteht und woher es kommt, iſt der Geiſt; denn Geiſt iſt das Eigenthümliche des Menſchen.

Die demnach für die Erkenntniß des Rechts nothwendige Erkenntniß des Geiſtes fordert wieder einen Hinblick auf die Natur, von wo der Ausgang des Geiſtes, und deren Aufhebung und Aneignung ſein Weſen iſt. Natur, oder natürliches Daſein nennen wir das durchaus an und in ſich und darum ganz auſſer ſich Seiende, das beſchränkt oder nur da und dieſes Seiende. Weil es durchaus das iſt, ſo iſt es nicht; es hat kein rechtes Sein, esse, Iſt; und ferner das „Da" „Das" in demſelben iſt nicht Sein, suum, ſondern das: „Sein, Iſt" iſt im Reiche der Natur ganz veräußert an das beſtimmte Dieſes, was es grade iſt, es iſt nicht, Neïſt, iſt: ſeinlos, beſinnungslos, nicht ſelbſtſtändig, nicht für ſich, ſondern ganz Eigenſchaft, Moment des Dieſes, welches es iſt, aufgehend und erſchöpft in demſelben. — Geiſt, geiſtiges Daſein iſt übernatürliches, unbeſchränkt, unbeſchränktes Sein, unbeſchränktes Iſt; denn das Iſt, das Sein iſt hier nicht, wie in dem erinnerungs- und beſinnungsloſen natürlichen nur Da-ſein, ein bloß verwiſchtes Moment des Dieſes, was es iſt, ſondern es iſt das Weſen, das Subſtantiv, das Selbſtſtändige. Der Geiſt iſt: rechtes Iſt, Sein, esse, denn er iſt nicht: „Das ſein", ſondern iſt: „Sein ſein", „Iſt ſein"; der Geiſt iſt Ge-Iſt. Das geiſtige Daſein aber, als das über einem an ihm Seienden „Da" und „Dieſes-ein" Hinaus, hat das Dieſes, es iſt ſein, suum. Der Geiſt iſt, was er iſt, nicht bloß an ſich, ſondern für ſich, es iſt suum, und deshalb erſt esse, er allein iſt wahrhaft, er iſt: Geiſt, iſt nicht bloß ein Da, Das, ſondern Da-Sein, Das-Sein, Alles-ſein, Sein. Der Geiſt hat an ſeinem natürlichen Daſein und Das ſein noch freies, überſchüſſiges Sein, d. i. Freiheit, Können, Kunſt. Er kann mehr, als er iſt, er iſt: Können, Kunſt; die Natur dagegen kann nur, was ſie iſt,

und iſt unmittelbar, was ſie kann. — Die Natur iſt der verſchloſſene Geiſt, der Geiſt iſt die ſich entſchließende befreiende Natur. Geiſtigkeit iſt alſo überhaupt Verſicherung, Vergewiſſerung, Verſelbſtigung, Bewährung. Ein natürliches, d. i. ein bloßes Das- Da-ein iſt dieſes Eine, Einfache ſchlechthin; der da-ſeiende Geiſt iſt auch das Andere, Vieles, Mächtig, Many, Mann, Menſch.

Das iſt die eigenthümliche Natur, Beſchränktheit, des Menſchen, unbeſchränkt, unbeſtimmt, frei zu ſein. Der Geiſt iſt frei, iſt in der That frei; er hebt alſo jede natürliche Beſchränkung als ihm fremd auf, um die ihm eigne Unbeſchränktheit zu finden. Dieſe Selbſtdarſtellung des Geiſtes, der Fortgang vom unmittelbaren Mein, Sein, zum Allgemeinen iſt immanente Stuffung, Geſchicht, d. i. bei ſich bleibende, ſich erinnernde Aeuſſerung, wogegen die Schichten der Natur gleichgültig auseinanderfallen. Die einander integrirenden Stuffen des Geiſtes ſind Wiſſen und Wille. Sie ſind einander nicht bloß integrirende, ſondern durchdringende Momente der ſtuffenweiſen oder geſchichtlichen Entſchließung und Entſcheidung von der natürlichen, hinfälligen Beſchränktheit. In dem Willen iſt das Weſentliche des Wiſſens noch Moment; in dem Wiſſen iſt das Weſentliche des Willens ſchon Moment; denn Wille iſt ihrer ſich bewußte Thätigkeit; Wiſſen iſt ſich bethätigendes Bewußtſein.

Die reinſte, weiteſte, freieſte Geiſtigkeit iſt das Wiſſen, durch welches der Menſch alles Andere, und darunter auch ſein Ich aus der natürlichen Fremdheit des ihm ein Anderes Sein, und aus der Gleichgültigkeit des nur Anſichſein aufnimmt und aneignet. Er nimmt hier das Ding, was und wo es auch iſt, weil es iſt; hier iſt nichts vom Eigenſein Vorgeurtheiltes, Beſchränktes mehr. Der Geiſt tritt auf in ſeiner unbegränzten Allbedürftigkeit und Alles dürfend, Allmacht, er giebt ſich durchaus der Welt hin ohne Eigenſein, und gewinnt die Welt in ihrem wahren Sein, in ihrer Geiſtigkeit und Wahrhaftigkeit, und verzichtet auf jede Beſonderheit; er iſt: Was iſt, er weiß; Was iſt, ſein, das iſt: Wiſſen; was an ſich nicht iſt, wiſſen, d. i. alſo ſein, iſt Unſinn, Nichtſein. Das Wiſſen iſt die höchſte Gewißheit, Wahrhaftigkeit,

Verſelbſtigung, Verſicherung, in welcher alles Andersſein aufgehoben iſt.

Die noch natürlichere, beſchränktere Stuffe des Geiſtes iſt der Wille; er iſt beſchränkter, und muß das ſein; man darf und bedarf Alles zu Wiſſen; denn es muß Alles gewußt ſein, oder es wird nichts gewußt; denn Wiſſen iſt: was iſt — (Alles ſchlechthin) — ſein. Aber man darf und bedarf nicht Alles, was da iſt, zu wollen; denn es muß etwas Beſtimmtes gewollt werden, oder es wird nichts gewollt. Der Wille, die Sittlichkeit iſt übernatürlich und geiſtig, weil ſie unzufrieden über das unmittelbar, natürlich Angehörige hinausreicht, der Wille iſt noch beſchränkt, weil der Geiſt ſich hier nur noch in ſeiner gegen die Natur noch anders ſeienden Allgemeinheit will.

Das Weſen des Willens iſt Unzufriedenheit mit dem natürlichen Daſein, und Entſchließung von dieſem durch die Aneignung eines beſtimmten Anderen, welches aus dem Anderen gewählt wird. Nur inſofern der Wille ein an ſich Seiendes, Wirkliches, wählt und nimmt, iſt er wirklicher Wille, Wollen; denn der Wille ſchafft nicht, ſondern verſchafft ſich nur. Der Wille, der das nicht einmal an ſich Seiende nimmt, oder danach greift, iſt kein Wille, ſondern Wahn. Der wahre Wille wählt aber nur das ihm an ſich Eigne. Der Wille, welcher das ihm nicht Eigne nimmt, iſt Willkühr. Durch die Aufhebung und Erhebung des bloß an ſich Seiens und Habens aus der natürlichen Unſelbſtſtändigkeit und Verſchiedenheit in das rechte Geiſte, Sich, wird das Gewählte bewährt und geſichert; wird der Geiſt als ſolcher bewährt in ſeiner freien Unbeſchränktheit, als der ſeinen Inhalt und ſeine Wahrheit und Berechtigung außer ſeinem natürlichen, unmittelbaren Daſein Habende. Der Geiſt nimmt wollend nur das ihm an ſich Eigne aus der natürlichen Zerſtreutheit und Entfernung zum für ihn Seienden, und macht dadurch Sich, ſichert, währt, bereichert ſich.

Das ganze Daſein, in welches die Kunſt, die Freiheit, der Geiſt, als der die zufällige und verfallende Natur überſchreitende und erobernde ſich darſtellt und daſteht, iſt der Staat,

deſſen Geſchicht ſich ſimultan und ſucceſſiv in ſeine ſich durchdringenden und bei ſich bleibenden Unterſchiede zerlegt. Wie der Geiſt in Wille und Wiſſen, wie das Wiſſen in Verſtändniß und Begriff, ſo zerlegt der Wille ſich weiter in rechtlichen und ſittlichen Willen.

Der ſittliche Wille, in welchem die Allgemeinheit ſchon errungenes unmittelbares Eigenthum oder Natur des Wollenden iſt, iſt der höhere, geiſtigere. Die ſittliche Handlung hat nur Daſein und Wahrheit als ſolche, inſofern ſie durch eignes Urtheil und Entſchluß gethan, unmittelbar frei iſt, und inſofern der Handelnde ſich darin als Allgemeines, ſich für das Allgemeine will, und ſeine Eigenheit aufgiebt. Dahin zu ſtreben, gebietet das ſittliche Geſetz.

Im juriſtiſchen Willen will ſich das einzelne Subject, der Menſch oder Staat, die Familie, Genoſſenſchaft in ſeinem natürlichen für ſich ſein, das, was er natürlich hat und iſt, allein will er, und für ſich allein in ſeiner Beſonderheit will er das. Der Menſch iſt von Natur frei, ſelbſtſtändig, für ſich ſeiend, und deshalb von Natur vermögend und habend, wenigſtens ſeinen Leib und Glieder. Dieſes und das ihm außerdem unmittelbar und wirklich Eigne will er, was es iſt, und wie es iſt. Das will er ſo für ſich allein, jeden andern ausſchließend, und lediglich um ſeiner ſelbſt willen, Niemandes Andern wegen. Darüber hinauszugehen verbietet das Rechtsgeſetz der natürlichen Ehrſucht und Habſucht, und ſchützt dadurch die wahre rechte Ehre, Perſönlichkeit; und Vermögen, Beſitz, Eigenthum. — Trotz ſeines rein natürlichen Inhalts aber, welchen das Recht will und ſichert, iſt daſſelbe ſchon geiſtiger, übernatürlicher Art, weil ein über den natürlichen Willen und Macht der Perſon Hinausliegendes, ihr natürlich nicht eigenes Urtheil und Macht dieſen Inhalt entſcheidet und ſchützt, weil das Recht, das was von Natur bloß, alſo ungewiß und unſicher iſt, zu einem Gewiſſen, Sicheren, Rechte, macht. Das Recht iſt als Geiſtiges: Verſicherung, Währung, als Anfang des Geiſtes: Verſicherung des Menſchen in ſeinem äußeren, natürlichen Daſein.

Erſt inſofern der Menſch durch das Recht ſeines beſonderen, natürlichen Daſeins ſicher iſt, kann er dieſe Beſchränkung aufgebend ſittlich, d. i. allgemein, geiſtig, werden. Aber wie das Recht Bedingung der Sittlichkeit iſt, ſo iſt es auch ſchon Reſultat derſelben. Sowie Geiſt und Natur, wie Wiſſen und Wille, ſo integriren und durchdringen ſich auch Sittlichkeit und Recht, und alle andern und fernern Gegenſätze des Staats; und nur in dieſer Integrirung und Durchdringung kann die Beſonderung zu ihrer vollen und reinen Darſtellung gelangen und nur in der Verklärung zur Vollſtändigkeit und Reinheit, kann das Beſondere ſich zum Ganzen und Heile integriren und durchdringen. Dieſe Reinheit und Vollſtändigkeit, welche die alles vermengende und verkümmernde Natur nicht leiſtet, darzuſtellen, iſt das Werk und Ziel der ſich in Geſchichte ergehenden Kunſt. Der urſprüngliche, natürliche Staatsanfang iſt eine trübende und beſchränkende Vermengung des Unverträglichen und Zerriſſenheit des Zuſammengehörigen. Das ſchlechthin Innerliche, das Sittliche und Religiöſe, wird noch als Aeußerliches, als Rechtsgegenſtand, als Gegenſtand äußeren Zwanges behandelt, das ſchlechthin Aeußerliche und rechtlich zu Garantirende, bleibt der noch nicht ſittlichen, d. i. der noch nicht von der Allgemeinheit erfüllten Willkühr überlaſſen; die Stände ſetzen im Innern, die Nationalität nach Auſſen dem Staat unüberſteigliche Gränzen. Erſt in der Geſchichte findet die Sittlichkeit, das Recht, das Glauben, das Wiſſen, der Verſtand, die Vernunft ihr eigenthümliches Gebiet, und damit das Ganze und das Beſondere Wahrheit und Währhaftigkeit.

Betrachten wir nun die Darſtellung des Geiſtes als Recht und zu Recht immanent in dieſem ſeinem Elemente und Allgemeinen, dem Geiſte, oder näher dem Willen, oder betrachten wir die Eigenſchaften, die das Recht als geiſtiges Ding haben muß, ſo ergiebt dieſe Betrachtung vorzüglich drei Wahrnehmungen, welche ihre verſtändige Rechtfertigung in dem Vorhergehenden haben.

III. Wie iſt das Recht?

§ 3.

a) Der Stoff des Rechts iſt ein an ſich ſeiender, gegebener, nicht willkührlicher, die Erkenntniß und Geſtaltung deſſelben zu Recht iſt frei.

Es iſt eine natürliche, alſo falſche Anſicht vom Recht, denn die natürliche Anſchauung kann das Geiſtige nicht erfaſſen, daß daſſelbe durchaus auf Willkühr Einzelner, Einiger oder Aller beruhe; in der Weiſe, daß anſtatt deſſen, was da und damals Recht war, oder hier und jetzt Recht iſt, auch jedes Andere hätte Recht ſein können, wenn man es anders befohlen hätte, und daß das, was da gilt als Recht, bloß gelte, weil man es ſo befahl und wollte.

Das entſprechende Extrem einſeitiger Vorſtellung wäre der Glaube, daß das Recht ein abſolut an ſich und von ſich ſelbſt daſeiendes wäre, durch unmittelbare Eigenheit oder Gewohnheit, ein Naturproduct, an welchem der Wille nichts thäte und zu thun hätte. Dieſe Vorſtellung nimmt den bloßen Stoff, das zu Geſtaltende, jene das bloß Geſtaltende für das Geſtaltete, wirkliche Recht. Die erſtere verwechſelt Willkühr und Wollen. Willkühr, tautologiſch: „Wählen, Kühren“ iſt allerdings das lediglich Eigne, Subjective und als ſolches ganz Ohnmächtige, Unwirkſame. Dieſes geht in die wirkliche Macht und Bereicherung des Wollens erſt über, inſofern es auf die inhaltsloſe abſolute Eigenheit verzichtend, ſich entſchließt zu dem an ſich und für es Vorhandenen, und es aus der noch Fremdheit des bloßen Vorhandenſeins in die Hand nimmt, ſich aneignet, mit ſich identificirt.

Die Wahrheit alſo iſt, daß der Inhalt und Stoff des Rechts als bloßer Stoff an ſich ſchon da iſt, und durch die Intenſität und Allgemeinheit ſeines an ſich Seins berechtigt iſt, ſchlechthin, oder recht zu ſein, aber daß er erſt recht iſt, oder Recht iſt dadurch, daß er vom Geiſte, Willen ergriffen, und damit gewiß, geſichert, vergeiſtet wird; denn vorher, als das Sein der Norm ein rein natürliches war, war es ungewußt, ungewährt, noch nicht recht.

Die Güte irgend eines Rechtes, welche beſteht in der Wahrhaftigkeit und Sicherheit deſſelben, iſt, daß in demſelben nur das an ſich Wahre und Gehörige befohlen iſt, und daß das an ſich Gehörige und Wahre auch wahrgenommen und befohlen und dadurch angeeignet werde. Iſt der Inhalt eines Rechts nicht ein an ſich wahrer und angehöriger denen, die danach gerichtet werden, ſo kann das an ſich unwahre Geſetz trotz ſeines abſtracten Daſeins ſich keine Concretion und thatſächliche Beobachtung erzwingen, denn was gar nicht iſt, kann noch weniger im eminenten Sinne, d. h. Recht ſein. Die Willkühr aber, das abſolut Subjective iſt gar nicht, oder iſt Nichts.

Iſt aber hingegen auch ein gewiſſer Inhalt unmittelbar, an ſich wahr, unmittelbar thatſächlich allgemein beobachtet, d. i. gewohnt, und er wird nicht mittelbar beobachtet, d. i. vom Wiſſen und Willen ergriffen, und dadurch geſäubert von dem ihm concreten, anklebenden Mißbrauch, wird er nicht ſo erinnert, vergeiſtet und zuſammengehalten, ſondern in ſeinem natürlichen Elemente der Zufälligkeit und Aeußerlichkeit gelaſſen, ſo wird er vergeſſen, verloren und zerfällt; denn was iſt, iſt damit noch nicht recht.

Es giebt die gleiche Armuth und Nichtigkeit, ob man greift nach dem, was nicht da und vorhanden iſt, oder ob man das, was da und vorhanden iſt, nicht ergreift. Der Menſch iſt und hat nichts Menſchliches, als dadurch, daß er das, was er an ſich iſt und an ſich hat, und damit noch nicht gewiß iſt und hat, weiß und will, und dadurch gewiß, d. i. für ſich, oder ſicher macht.

§ 4.

b) Die Geſtalt des Rechts iſt beſonders und eigenthümlich, das Weſen des Rechts iſt Eines und das Allgemeine.

Ein ferneres zu beſeitigendes Vorurtheil der bis zur Diſtraction gehenden, abſtrahirenden Betrachtung des Rechts iſt die Meinung, daß das wahre Recht ſchlechthin eines und daſſelbe ſei, Recht ſei Recht, und was hier Recht ſei, ſei auch dort Recht.

Die entſprechende oder entgegengeſetzte Meinung der bloßen Vorſtellung vom Recht wäre die, daß das Recht ein abſolut eigenthümliches und verſchiedenes ſei, was dort Recht ſei, ſei damit nicht hier Recht.

Das Mangelhafte der flüchtigen Abſtraction liegt darin, daß ſie das Allgemeine des Rechts nicht discret, ſondern abſtract, nicht als ſich unterſcheidend, ſondern als verſchieden von dem Beſonderen, für das Wahre nimmt, das einfache, inhaltloſe, alſo unwirkſame oder unwirkliche Subſtantiv: Richtigkeit. Die Richtigkeit iſt allerdings an und in allem wahren Rechte nur eine und dieſelbe, nämlich die Wahrheit und Sicherheit der Entſcheidung, aber ſie iſt nicht das wahre Recht ſelbſt; denn wirkliche Entſcheidung iſt nicht ohne Entſchiedenes.

Die contracte bloße Vorſtellung, die nicht in die Tiefe geht, ſondern allein an dem Da und Dieſes des daſeienden Rechts haftet, fehlt darin, daß ſie ein beſtimmtes hiſtoriſches oder geographiſches Geſchicht des Rechts, alſo ein beſtimmtes Gerichtetes für das Recht nimmt, beſtimmte Wirkungen des Rechts für das wirkliche Recht nimmt; in allem wirklichen Recht, und ein anderes giebt es wirklich nicht, iſt allerdings etwas Beſtimmtes gerichtet, aber dieſes Gerichtete iſt nicht das Gericht und Recht.

Dieſe beiden entgegengeſetzten Anſichten werden ſich, wie die vorigen, nicht leicht rein bei Jemandem finden, ſondern weit häufiger eine inconſequente Vermengung beider; denn das Gemeinſame beider iſt die Halbheit und Einſeitigkeit, gegen welche die Vollſtändigkeit des Gegenſtandes in ſeiner Wirklichkeit ſich in der Weiſe geltend macht, daß jede von beiden Anſichten in das unbewußte ausgeſchloſſene Entgegengeſetzte unbewußt hinüber tappt. Wer aber wirklich die Abſtraction bis zur vollkommnen Reinheit zu treiben weiß, wird am ſicherſten wiſſen, was er an derſelben hat, und ihre Einſeitigkeit vermeiden.

Das wirkliche Recht iſt dieſes, daß die beſondern Verhältniſſe, welche als ſolche unmittelbar, von Natur und in natürlicher Wirklichkeit oder Nothwendigkeit da ſind, als das was ſie an ſich wirklich, das iſt dauerhaft und allgemein ſind, erkannt und dadurch bewährt werden; daß ſie alſo den Inhalt und die Geſtalt, die ſie an ſich richtig haben, auch über

und auſſer ſich, d. h. ſchlechthin oder als Recht bekommen. Aber nur in dem, was an ſich ſeine Richtigkeit hat, kann dieſe vom Rechte anerkannt werden. Das Rechte an dem Beſondern iſt nicht ſein Beſonderes, ſondern ſeine Bewährung die Allgemeinheit. Dieſes Individuum, Er wird in dem, was er iſt und hat, geſchützt, aber nicht, weil Er das iſt und Er das hat, oder weil er dieſes iſt und dieſes hat, oder weil er das jetzt iſt und jetzt hat, ſondern weil an dem, was er iſt, an dem, was er hat, etwas Wahres, allgemein Werthes und Dauerhaftes hat, und weil ſein Sein und Haben ein bewährtes, dauerhaftes, ein rechtes Sein und Haben iſt, deshalb ſoll es ihm gewährt werden, ſoll es das Seinige ſein. Würde es aber nicht durch Recht und Gericht das Seinige, ſo wäre und hätte er es doch nicht ſo recht.

Das wirkliche Recht hat alſo in ſeinem concreten oder wirklichen Beſtande das Beſtandtheil der für ſich in ihrer Abſtraction inhaltloſen Allgemeinheit: Bewährung, Entſcheidung, und des für ſich in ſeiner Contraction unbewährten unentſchiedenen Beſonderen in vollkommner Durchdringung. Durch die Allgemeinheit hat das Beſondere Sein und Wahrheit und Beſtand; in dem Beſondern iſt die Allgemeinheit Daſein, Wirkliches, Beſtehendes.

Da nun die im Rechte gerichteten natürlichen Verhältniſſe als ſolche nothwendig hie und da unterſchiedene und verſchiedene ſind, da aber der Geiſt das Allgemeine des Rechts durch ſie und in ihnen bedingt iſt, denn er hat an nichts Anderem Daſein und Realität, Dingheit, ſo iſt der Geiſt des Rechts der unterſchiedenen Staaten auch allerdings ein unterſchiedener, aber nicht verſchiedener. Das in ſich Unterſchiedene iſt das Lebendige Wirkliche, das Verſchiedene iſt das Todte. Der Geiſt, das Sein alles Rechts iſt Eines, und nicht verſchieden, die Bewährung deſſen, was da iſt und wie es iſt, iſt, das Daſein oder Hierſein dieſes Geiſtes iſt unterſchieden von ſeinem Dortſein, weil das Da und Dort verſchieden iſt; aber der aus dieſer ſeiner Concretion discernirte Geiſt iſt die eine Gerechtigkeit und Richtigkeit, die das, was an ſich verſchieden iſt, in ſeinem Unterſchiede anerkennt, belebt, bewährt,

und dem Nichtſein, der abſoluten Verſchiedenheit, enthebt. Der beſondere Geiſt eines beſtimmten Rechts ſteht um ſo höher, als er reicher, lebendiger iſt; oder um je mehr Verſchiedenheiten er zu bloßen ſelbſtſtändigen Unterſchieden einer lebendigen Allgemeinheit verbindet, oder je mannigfaltigeren, eigenthümlicheren Verhältniſſen er Sicherheit zu gewähren und alſo Einheit und Allgemeinheit abzugewinnen weiß.

§ 5.

c) Das Recht iſt geſchichtlich, oder die Geſtalt des Rechts iſt hinfällig, das Weſen des Rechts iſt bleibend.

Das Urtheil der von allem wirklichen Inhalt abſtrahirenden Betrachtung des Rechts lautet: das wahre Recht iſt unveränderlich, denn was einmal Recht iſt, muß auch Recht bleiben, was heute Recht iſt, kann nicht morgen Unrecht ſein, und was einmal Unrecht iſt, kann nimmer Recht werden.

Das Vorurtheil der bloßen Vorſtellung des einzelnen Stoffs und der Wahrnehmung deſſelben für das wahre Recht, iſt das entgegengeſetzte, daß das Recht durchaus verſchieden ſei in der Zeit, wie im Raume; heute ſei nicht geſtern, was geſtern als Recht galt, gelte damit nicht heute; Umſtände verändern die Sache, was für andere Verhältniſſe Recht ſei, ſei für andere Verhältniſſe Unrecht.

Das Wahre iſt weder das eine noch das andere, ſondern dieſes, daß das Recht durchaus ſowohl das eine als das andere iſt; denn das Recht iſt als geiſtiges Ding, als eine Darſtellung des Geiſtigen durchaus Geſchichte, welche in der erſteren der beiden obigen Anſichten überſehen, in der zweiten verkannt wird; denn es genügt nicht, an der Geſchichte nur das beſondere Moment aufzufaſſen, und an derſelben nichts als einen bunten ewigen Wechſel zu betrachten.

Das Weſentliche iſt das in dieſem Wechſel bei ſich Bleiben. Denn die Geſchichte iſt nur der aus ſeiner natürlichen Verſchiedenheit und Beſchränkung zur lebendigen Einheit und Freiheit ſchichtenweiſe übergehende Geiſt, der in dieſem Hergang und in dieſer Erfahrung nicht ſich, ſein Weſen, ſondern ſein Unweſen, die Beſchränktheit und Zerſtreutheit verlaſſende, ſeiner ſelbſt in ſeiner ewigen

Unbeſchränktheit gewiß werdende, mit keiner, auch mit der weiteſten Schranke nicht zufriedene Geiſt.

Das unmittelbare Daſein des Geiſtes, oder die Menſchheit im urſprünglichen Zuſtande iſt das natürliche beſchränkte ungeſchichtliche und darum unmenſchliche und unrechte, denn die Natur des Menſchen iſt, ſich über die Natur zu erheben.

Der Geiſt hat hier, was er auch habe, noch nicht recht, oder er hat es nicht, ſondern wird eben ſo ſehr davon gehabt. Was er hat, kann er nicht gebrauchen, iſt nicht ſein, und was ſein iſt, hat er noch nicht. In der Fortbewegung bereichert er ſich durch Aneignung des ihm mangelnden Wahrhaften, und durch Sichtung und Scheidung deſſelben von dem Hinfälligen, Unwahren. Die Geſchichte hebt die bloß natürliche und ſo weit unwahre Verſchiedenheit der Völker neben und nach einander auf, und ſtellt ihren wahren Gehalt und Geiſt als bloß unterſchiedene Darſtellungen des einen Geiſtes in die ihm eigenthümliche Allgemeinheit und Unſterblichkeit. Sich ſchichtend zerlegt der Geiſt das von Natur an und in ſich Gebundene in die Freiheit ſeiner weſentlichen Unterſchiede, erzieht er den durch die ungeheure Vermittelung des Bewußtſeins eroberten Beſitz zu einem Gewohnten, unmittelbar Eignen, zerſetzt das unmittelbar Gewohnte, das Innerſte, die Eigenheit ſelbſt zur Gegenſtändlichkeit. Sich ſchichtend und erfahrend erſt gelangt der menſchliche Geiſt zum Genuß und zur ſichern Herrſchaft des ganzen Reichthums ſeiner ſelbſt, und der Dinge.

Ein Volk hat keinen Geiſt, kein Sein, hat nichts recht und kein Recht, ſofern es Solches nicht durch Geſchichte bewährt, durch Säuberung von der urſprünglichen Rohheit und Bornirtheit. Nur das Volk kann ſich auf ſich verlaſſen, das ſich in dem Verlaſſen und Entfernen von aller ſeiner Beſonderheit und Sonderbarkeit nicht ſelbſt verlor, und in der Aneignung des Allgemeinen ſich ſelbſt fand. Ein wahrhaft geiſtiges Volk iſt allein das über die natürlichen Schranken ſeines Urſprungs und Endes hinaus ſeiende, deſſen Geiſtesquellen über ſeine Geburt hinaus, deſſen Werke, deſſen Sein und Geiſt über ſein Daſein hinaus ſind.

Wie der Anfang der Geſchichte oder des Staats überhaupt, wie der Anfang der andern ihm immanenten Wahrheiten, der Religion, des Wiſſens, ſo iſt auch der Anfang des Rechts, oder das Recht des Anfangs noch weſentlich unrecht.

Das Recht iſt dort noch natürlich, es iſt verwachſen mit dem ihm Fremdartigen, es iſt noch voll Willkühr, iſt voll Unwiſſenheit, als unbewußte, vergeßliche Sitte; alle ſeine Unterſcheidungen ſind noch plumpe, abſolute Verſchiedenheiten, ſind noch nicht als bloße Beziehungen und Unterſcheidungen des noch nicht als Eines zur Gegenſtändlichkeit gebrachten und begriffenen Weſens begriffen. Erſt im Verlaufe und in der Erfahrung der Geſchichte gelangt das Recht zur Vorurtheilsloſigkeit, und damit zum gerechten und ſichern Urtheil im Einzelnen, zur Beweglichkeit der Entſcheidung, und damit zur Feſtigkeit des Entſchiedenen, zur reinen und damit auch zur vollſtändigen Darſtellung des Rechtsgebiets. Bis zu welcher Stuffe aber auch immer eine Darſtellung der Geſchichte gelangt ſein mag, ſo behält ſie doch als Dar-Stellung und Da-Stehendes das Moment der Endlichkeit und Beſchränktheit für die darüber hinausreichende, und muß durch fortwährende Interpretation durchbrochen werden; wie reich auch eine Gegenwart ſei, ſo hat ſie doch die Quellen ihres Reichthums in der Vergangenheit, ihren Reichthum an dem Unvergänglichen, das vor ihr war und nach ihr ſein wird. Das Eine bei ſich bleibende iſt das aller Schranken und alles Vorurtheils Herr werdende, unendliche, nimmer endende Urtheil, der Geiſt.

Wenn nun zu Anfang die Behauptung aufgeſtellt wurde, daß das Römiſche Recht nicht durch einen Zufall, oder durch Willkühr der Geſetzgeber, oder durch einen Schlendrian der Doctrin und Praxis, ſondern durch ſeine eigne weſentliche Unſterblichkeit und Allgegenwärtigkeit in unſerer Gegenwart lebe, ſo müſſen alle die Eigenſchaften, welche wir als die weſentlichen und ewigen des Rechtes überhaupt notirt haben, im Römiſchen in der größten Reinheit und Vollſtändigkeit zu finden ſein.

Stellen wir das römiſche Recht unter die drei im Vorhergehenden hervorgehobenen Categorien, ſo müſſen wir ihm zuerkennen zuerſt in Rückſicht der Wahrhaftigkeit und Freiheit der

Sanction, die höchſte Aufrichtigkeit und Wahrhaftigkeit in der Anerkennung des factiſch Wirklichen, die fern iſt von aller willkührlichen Hinwegſetzung und Erfindung, die größte Aufmerkſamkeit und Vigilanz, die nichts Wahres unbemerkt dem Zufalle überläßt, eine Sanction, welche zu allen Zeiten von dem geeignetſten Standpunct aus obſervirend, allem neuen Leben ſein Daſein und ſeine Geltung gewährt, die alles Todte und Veraltete antiquirt. Ferner in Rückſicht der Geſtaltung und des Gehalts, ſo hat es die plaſtiſche, ſcharfe Form, die das Kennen erleichtert, die nothwendig iſt um ſeinen großen Inhalt zuſammenzuhalten und zu ordnen, die die Folge der tiefen, ſichern und allmähligen Erkenntniß iſt, mit welcher ſein reicher Inhalt von der ganzen Erde zuſammengeleſen wurde: Ein Werk, das endlich nur in einer gewaltigen und beiſpielloſen Geſchichte gelingen konnte, in einer Geſchichte, die von den an Stoff kleinſten, beſchränkteſten Anfängen ausgehend, in dieſen den geiſtigen Reichthum, die Wahrhaftigkeit und Allgemeinheit zuſammenſchloß, die an der damals bekannten Welt den Raum, und in einem Jahrtauſend die Zeit ihrer Entwicklung fanden, wo das Wahre und Allgemeine des Rechts ſeinem Geiſte nach für alle Zeit errungen, und alles Idiom und Beſchränkte abgeſtreift wurde, ſo daß das römiſche Recht die vollendetſte Darſtellung des Geiſtes des Rechts überhaupt iſt, und es bis jetzt keinen andern Weg giebt zu dieſem zu gelangen. Aber woran die Weltgeſchichte ein Jahrtauſend gearbeitet hat, das kann von uns nicht ohne Arbeit gewonnen werden. Denn um den Geiſt iſt es zu thun; denn der Buchſtabe des römiſchen Rechts iſt jetzt todt, und war todt bei ſeinen Lebzeiten. Nur wer den Geiſt des römiſchen Rechts erkennt, kann darin den Werth des römiſchen Rechts anerkennen; und wer das römiſche Recht nicht anerkennt, der hat auch ſeinen Geiſt nicht verſtanden, und thut Recht, ſeinem Mißverſtändniß keinen Werth beizulegen.

Wer aber den Geiſt des römiſchen Rechts beſitzt, beſitzt auch den Geiſt des Rechts überhaupt, und iſt ſo jedem beſondern Rechte näher, als ſelbſt irgend einem beſondern Rechte, welches er ohne den Geiſt des Rechts beſäße.

Zweiter Abſchnitt.

Einige Data aus der Geſchichte der geſetzgebenden Gewalt des römiſchen Staats.

§ 1.

Urſprung des römiſchen Staats.

Im Gebiet der ſieben Hügel an der Tiber, dem ſpäteren Grundſtein der Stadt, wohnte im achten Jahrhundert vor Chr. G. ein kühnes, griechiſch-artiges Volk, von fernem Urſprung. Es beherrſchte die unterjochten Ureinwohner in vielen verbündeten Niederlaſſungen, deren eine, belegen auf dem vielleicht von ihr benannten Palatiniſchen Hügel, Roma hieß.

Hart daneben herrſchte um die Mitte deſſelben Jahrhunderts, man weiß nicht mehr ſeit wann, eine ſabiniſche Niederlaſſung, ein ſtolzes theokratiſches Volk, aber einfach und kriegeriſch. Sie hatten auf dem agoniſchen Hügel ihre Stadt, heilig ihren Stamm- und Schutzgottheiten, dem Kriege und der Tapferkeit, (Curis, Quuris, Quiris, Quirinus), die herrſchend und ſchützend unter ihnen wohnten, deren Waffen ſie ſalbten, daß ſie nicht roſteten. Die Stadt, die der Sohn dem Vater gebaut hatte, nannten ſie Cures, Curiae, ſich ſelbſt aber als die Enkel des Quirinus Curites, Quirites. Sie opferten dem Gott in dreißig Tempeln, Curiae, welche zugleich der Ort ihrer öffentlichen Berathungen waren *)

---

*) Dion. Halic. p. 111, 112, 113, 114. Fest s. v. Curitim, s. v. Quirites, s. v. Quirinalis collis, s. v. Persillum.

Trotz der Nähe ſtanden beide Staaten, im gegenſeitigen Haſſe ihres Blutes, ſchroff getrennt. Denn jeder hatte ſeinen beſonderen Cultus, Verfaſſung, König und Sprache. Den Wechſel von Feindſeligkeiten und friedlichem Bundesverhältniß beendete in der letzten Hälfte des achten Jahrhunderts eine dauernde Vereinigung beider Staaten, bei welcher das ſabiniſche Cures jedoch die Oberhand hatte, freilich nicht ſo, daß die Römer unterjocht und unterthan geworden wären, aber doch mit Verluſt ihrer Selbſtſtändigkeit in das ſabiniſche theocratiſche Bürgerrecht aufgenommen wurden. Von beiden Völkern wurde der Quirinus in ſeinen alten Curien auf dem Quirinal verehrt, und beide zuſammen führten in den Curien, welche ihre ſabiniſche Bedeutung und Namen behielten, gleichberechtet das Regiment des Staats. Die neuen Bürger wurden und hießen gleich den alten Quirites *).

Die Griechen konnten keine härtere Demüthigung erfahren, als die Oberherrſchaft des fremden Tempels und Geſetzes. Doch nicht geringer war die der Sabiner, daß ſie die Fremden zu Brüdern und Kindern ihres Vaters aufnehmen ſahen. Aber der Verluſt beſchränkter Selbſtſtändigkeit erwarb beiden eine größere Gemeinſchaft.

Es dauerte kein Jahrhundert, daß ſich das abergläubiſche und übermüthige Volk der Etrusker herandrängte und abermals die Wette um die Alleinherrſchaft bot. Der allen gleichgerechte Gott der Tapferkeit nahm auch ſie auf und mahnte, daß er nicht übermüthige Sabiner und Griechen, ſondern die Tapferkeit und Mäßigung zu ſeinen Kindern und zu Herren der Welt erkieſen.

Dieſe urſprüngliche Vereinigung dreier verſchiedener Völkerſtämme in eine Gemeinſchaft iſt die Zeugung des römiſchen Staates in ſeinem eigenthümlichen Weſen, die erſte Conception der ökumeniſchen Beſtimmung, die ſeine Geſchichte erfüllte. Denn das Römiſche iſt weſentlich das Staatiſche, welches das

---

*) Dion. p. 113, 114. Liv. I. 13. Cic. de Republ. II. 7, 8.

Ethniſche in die gebührende Unweſentlichkeit herab-ſetzt. Während alle anderen Gemeinweſen des Alterthums, z.B. der Juden, und ſelbſt der Griechen, in der natürlichen Beſchränktheit des Stammes verbleibend, nur große Familien und damit hinfällig und vorübergehend waren, denn Geſchlechter und Stämme, auch die beſten und mächtigſten, welken hin, und nur das Gute und die Macht iſt ewig, ſo iſt Rom vom Anfang her durch ſein Schickſal dieſer Beſchränktheit enthoben und in die Weſentlichkeit und Geiſtigkeit entrückt, wie die Verbreiterin, ſo auch die Erfinderin des reinen Rechts und des Bürgerthums; wie ſein Ende die Weltgeſchichte, ſo ſein Anfang ſchon die Geſchichte dreier Völker.

§ 2.

Urſprüngliche Verfaſſung des Staates.

Die drei Völkerſtämme, aus denen nunmehr der Staat beſtand, die Tribus der Rhamnes, Luceres, Tities, hatten als verſchiedene Völker in Recht, Sitte und Verfaſſung ſo viel Unterſcheidendes als in ihrer Sprache, aber nothwendig auch viel Gemeinſchaftliches; ſonſt wären ſie nie vereinigt worden. Das Gemeinſchaftliche war, daß ſie insgeſammt kriegeriſche Völker waren, und ſomit die Einrichtungen, die allen kriegeriſchen Völkern gleicher Entwicklungsſtuffe weſentlich ſind, gemein hatten.

Jedes kriegeriſche Volk findet ſich ſchon auf ſeinen Heerzügen und alſo noch bei ſeinen erſten erobernden Niederlaſſungen in gewiſſe feſte Abtheilungen, Genoſſenſchaften, Geſchlechter, Stämme (gentes, *γένη, φρατρίαι, φυλαί*) getheilt.

Der Urſprung derſelben iſt immer natürlich und unabſichtlich, nämlich das natürliche Zuſammenhalten wirklich blutverwandter Familien. Dieſe vorhandenen Abtheilungen dienen, um danach Regierung und Disciplin zu handhaben, die Rechte und Pflichten auf den Heerzügen ſowohl, als bei den Niederlaſſungen zu vertheilen, und bekommen dieſem Zweck gemäß bald eine durch die Religion, bald durch bloßes Herkommen oder Beiſpiel baſirte beſtimmte und bleibende Zahl. Da nun bei dieſem Zweck der Abtheilungen der Nutzen und die Religion eine gleichbleibende Zahl derſelben, und die Gerechtigkeit gleiche Anzahl von Indivi-

duen in den einzelnen fordert, ſo werden von Zeit zu Zeit, um die natürliche Störung durch Tod und Geburt auszugleichen, überzählige Familien aus einer Genoſſenſchaft in die andere verſetzt, die Zahl der Genoſſenſchaften ſelbſt durch Theilung einzelner in mehrere erhalten u. dgl., ſo daß im Verlauf der Zeit die urſprüngliche Blutsverwandſchaft bald auf bloße Stammverwandtſchaft reducirt wird, welche letztere wohl nie in dieſer Entwicklungsperiode überſchritten wird. In der Regel finden ſich noch größere Abtheilungen, Stämme, welche mehrere Geſchlechter in ſich begreifen.

Die erſte Staatenbildung iſt allenthalben nur ein Zuſammentreten oder Zuſammenbleiben mehrerer Geſchlechter oder Stämme einer Volksrace.

In ſolcher Weiſe beſtanden auch die Sabiner, die Griechen und Etrusker ſchon vor ihrer Vereinigung aus Genoſſenſchaften oder Geſchlechtern, welche ihrer urſprünglichen Geſtalt mehr oder minder fern ſein mochten.

Ebenſo weſentlich und allgemein, als dieſe Abtheilungen und Verbindungen ſind einem kriegeriſchen Volke Unterthanen. Kriegeriſche Völker der Urzeit ziehen, wenn der jeweilige Sitz ſie nicht mehr nährt, durch Inſtinct oder Aberglauben geleitet, weiter in ſchon bebaute Gegenden und erobern dieſe mit ihren bebauenden Einwohnern, welche zu Unterthanen aufgehoben werden und von ihren Herren Schutz genießen. Was die Gewalt gegründet, hilft der gegenſeitige Nutzen erhalten.

Ein Drittes aller kriegeriſchen Völker, welche wirklich erobernd zur Erfahrung ihrer Kraft gelangt ſind, iſt, daß ſie ſich und ihre Unterthanen ſelbſt regieren, daß ſie frei ſind. Aber außer der höchſten entſcheidenden Gewalt, welche bei der Volksmaſſe ſelbſt iſt, findet ſich bei allen freien und freieſten Völkern ein Einzelner, ein Heerführer, Häuptling, und eine Anzahl Auserwählter, welche einen vorzüglichen Antheil an der allgemeinen öffentlichen Gewalt haben.

Auch nach der Vereinigung der drei Stämme in einen Staat, welche dadurch geſchah, daß römiſche und etrusciſche Geſchlechter in die Curien aufgenommen wurden, beſtanden

dieſe weſentlichen Inſtitutionen, die Genoſſenſchaft, Clientel und eine Dreiheit der öffentlichen Gewalt.

§ 3.

Das Eigenthümliche dieſer Verfaſſung.

Das Eigenthümliche der Römiſchen Staatsgewalt liegt nun aber außer der Dreigliederung derſelben in Volksgewalt, Staats- und Einzelgewalt noch beſonders in der Art und dem Maaß des Inhalts jeder einzelnen und in der Selbſtſtändigkeit derſelben gegeneinander *)

1) Volksgewalt. Die höchſte Gewalt, die summa rerum, d. h. die entſcheidende und zwar die über Alles entſcheidende Gewalt haben alle Genoſſenſchaften, und deshalb nennt man ſolchen Staat einen Geſchlechterſtaat. Das Volk entſcheidet über Alles, d. h. a) nach außen, ob Krieg oder Friede ſein ſoll, b) nach innen giebt es allein über Alles, ihn und das Seinige betreffende Geſetze, es wählt den, welcher in Allem, in Krieg und Frieden ſein Führer und Lenker, actor, ſein ſoll. Dieſem abſoluten Inhalt gemäß heißt die Volksgewalt: die Gewalt, potestas; und der Inhaber derſelben populus **).

Die fungirende potestas populi beſteht aus 30 Stimmen, nämlich der 30 Curien, deren Zahl als eine heilige von Anfang bis zu Ende unverändert bleibt. In jede der urſprünglichen Sabiniſchen Curien waren zu den Titiern auch Rhamnenſiſche und Lucerenſiſche Geſchlechter aufgenommen. Nun wurde aber nicht bloß der heilige Verſammlungsort ſelbſt, ſondern auch der zu demſelben gehörige Inbegriff von gentes curia genannt, und Curiales die Genoſſen einer und derſelben curia ***).

*) Cic. de Republ. I, 29. II, 23: „Statu esse optimo constitutam rem publicam, quae ex tribus generibus illis, regali, et optimati et populari confusa modice." Cic. de Republ. I, 45.

**) Cic. de Republ. I, 31: „Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet." Dion. p. 87 (II, c. 14).

***) Liv. X, 8. Gell. XV, 27. X, 20.

Zu der ſtimmfähigen Curie aber gehören nicht alle in ihren gentes befindlichen Individuen, nämlich nicht die hörigen Unterthanen, clientes, ſondern nur die Befehlenden, Herren, patres, ſie allein ſind Quirites.

Das verſammelte Volk heißt: comitia oder comitiatus, und zwar nach dem Subject comitia populi, oder comitia curiata, nach der Art der Berufung comitia calata.

Die wirkliche Verſammlung hat nur Statt auf Berufung des rex. Das Verſammeln iſt ciere, rex ciet populum, daher civis derjenige, qui cietur.

Der rex allein verhandelt mit dem Volk, agit cum populo, indem er dem Volk einen Antrag ſtellt, rogat, fert ad populum, welchen daſſelbe nur anzunehmen oder zu verwerfen hat.

Geſtimmt wird nicht von einzelnen Individuen, ſondern von den Curien, und in den Curien ſtimmen die Geſchlechter. Was ſo das Volk curienweiſe ausgeſprochen, beſchloſſen hat, quod populus curiatim jussit, lexit, scivit, das iſt lex, jus, populiscitum, die höchſte, Alle verbindende Satzung.

2) Senatsgewalt. Bevor das Volk entſcheidet, läßt es ſich von ſeinen Aelteſten berathen *). Und zwar Alles, was dem Volke zur Entſcheidung vorgelegt werden ſoll, zu berathen, iſt die eigentliche Thätigkeit des Senats. Als gemeinſchaftliche Berathung heißt dieſelbe consilium, als Initiative auctoritas. Die Herren des Raths heißen senatores, und waren urſprünglich die senes. Später iſt senator, wie pater, ein Ehrentitel des Standes.

Jede ethniſche Tribus ſtellte 100 Senatoren, ſo daß im Ganzen 300 waren, welche der König oder die Stämme wählten. Dieſe Zahl war in decuriae getheilt, und hatte einen princeps an der Spitze, welcher in Abweſenheit des Königs für ihn in der Stadt vicariirte und deshalb custos, praefectus urbi genannt wird.

Wenn aber durch den Tod des Königs das regnum ganz erledigt war, ſo trat ein interregnum ein, welches von den 10

---

*) Cic. de Rep. II, 28. I, 34. Liv. I, 8. Dion. p. 83 (II, c. 12).

erſten Senatoren, je 5 Tage von jedem Einzelnen der Zehn, geführt wurde *).

Die Berufung des Senats und die Verhandlung mit ihm, agere cum senatu, hat allein der König. Aber die Verhandlung im Senat iſt eine andere, als die mit dem Volke, nämlich eine discutirende Berathung, ſoweit daß ſogar jeder Senator ſelbſtſtändig vorſchlagen, d. i. censere kann.

3) Einzelgewalt. Die Einzelgewalt ſoll nicht rathen, das kann kein Einzelner, ſoll nichts befehlen, denn das können die Freien nur ſich ſelber, ſie ſoll Alles, alle Angelegenheiten treiben, rem agere d. i. r'egere; ſie heißt demnach regnum, das Subject rex. Der rex ſoll die Volks-Verſammlung halten, agere cum populo, agere cum senatu. Die Ausübung des Gerichts und Rechts, das jus beſorgen d. i. judicium jubere aut denegare, das Volk zu dem Kriege führen, den es beſchloſſen hat **).

Obgleich die Wahl des Königs vom Volke geſchieht, iſt die Rechtsanſicht doch nicht, als ob dieſe Gewalt vom Volke abgeleitet wäre, ſondern vielmehr, daß ſie eine weſentlich ſelbſtſtändige ſei, wie die Senatsgewalt, und daß ohne dieſe beiden eine rechte Volksgewalt gar nicht gedacht werden könne, als welche nur unter Rath und Leitung richtig beſchließen könne. Wegen dieſes integrirenden Verhältniſſes zur ganzen Staatsgewalt muß beim Tode des Königs ein interregnum bis zur rechtsgültigen neuen Wahl und zur Leitung dieſer Statt finden. Wenn der neue König gewählt iſt, ſo wird, wenn auf Befragung des göttlichen Willens um Billigung der Wahl dieſe erfolgt, durch eine zweite lex curiata de imperio (scil. in illum conferendo) die Gewalt förmlich übertragen, welche lebenslänglich dauert.

---

*) Dion. p. 119. Liv. I, 17.

**) Cic. de Rep. I, 38: „Cur igitur dubitas, quid de republica sentias? in qua, si in plures translata res sit, intelligi jam licet, nullum fore, quod praesit, imperium; quod quidem nisi unum sit, esse nullum potest." Cic. de Rep. II, 33.

Dieſe Gewalt, dem Schein nach ohne allen Inhalt, iſt in der Wirklichkeit die größte und gefährlichſte, da ſie troß ihrer ſcheinbaren Inhaltsloſigkeit durch ihre Selbſtſtändigkeit den ganzen Inhalt beherrſcht. Der König kann durch nichts gezwungen werden, das Volk zu verſammeln oder Senat zu halten oder ein Gericht anzuordnen, oder das Volk, wenn es extra milliarium iſt, dum militat, zurückzuführen. Die Garantie iſt allein die unmittelbare der guten Wahl.

Dieſe iſt die natürliche und rechte Ordnung der älteſten geſetzgebenden Gewalt, daß Recht und Geſetz jus, lex est, quod senatu auctore rege rogante populus jussit *)

Es iſt natürlich und richtig, daß die Geſammtheit Aller entſcheidet, denn ſie ſind hier noch alle geſcheit, wo nur Weniges und Eignes zu wiſſen iſt; natürlich, daß wo die eigne Erfahrung die einzige Lehrerin iſt, die Alten geſcheiter ſind, und deshalb rathen; natürlich, daß Einer leitet, denn das Einfache iſt das Schnellſte, und die Andern können den Beſten finden aus ihrer kleinen Mitte; und der eine Beſte iſt den vielen Tapfern und Guten nicht gefährlich. Die Gottheit iſt das Weiſeſte und Mächtigſte von Allem in Allem; alſo nichts ohne der Götter Willen. Kein Aberglaube, daß ſie ſich für Kinder der Tapferkeit halten.

Wie die Grundlage der Geſammtgewalt das unmittelbar Thatſächliche iſt, ſo iſt auch das Ziel und Reſultat derſelben nur das Währen und Feſthalten deſſen, was da iſt, wie es iſt.

---

*) L. 2, § 1. 2. D. de Orig. Jur. (1, 2): „Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit omniaque manu a Regibus gubernabantur. Postea aucta ad aliquem modum civitate, ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse; quas partes curias appellavit propterea, quod tunc reipublicae curam per sententias partium earum expediebat. Et ita Leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit; tulerunt et sequentes Reges; quae omnes conscriptae exstant in libro Sexti Papirii, qui fuit illis temporibus, quibus Superbus, Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. Is liber, ut diximus, appellatur jus civile Papirianum; non quia Papirius de suo quidquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit.“

Nach Innen iſt das Ziel gegen ſich ſelbſt gleich zu bleiben, oder eigenmächtige Uebergriffe eines Stammes, Geſchlechtes oder Individuums, superbire, zu verbieten, wo ſie drohen, zu ahnden, wo ſie geſchehen. Es giebt wenig öffentliche Arbeit; denn das Meiſte geſchieht im Innern der gentes, welche in ihrer ſie befriedigenden Eigenthümlichkeit wie kleine Staaten verbleiben, in denen durch eignen Cultus, sacra gentilicia, und durch eigenes Recht und Gericht für alle innern Bedürfniſſe ihrer Gentilen geſorgt iſt. Der Geſammtſtaat der Stämme hat mit den innern Angelegenheiten der gens gar nicht, ſondern nur mit denen von gens gegen gens, und von Stamm gegen Stamm zu thun; er erkennt und anerkennt nicht einzelne Individuen, singulos, privos, ſondern nur gentes; die gens giebt ihre Stimme, der gens giebt der Staat, und von der gens fordert er; die gens gewährt den Gentilen.

Dadurch allein iſt eine ſo plötzliche Vereinigung dreier Völker in eine Gemeinſchaft, und überhaupt die leichte willkührliche Staatengründung des Alterthums möglich, daß dieſelbe nichts iſt, als ein quantitatives, mechaniſches Aneinanderreihen von Stämmen oder Geſchlechtern, deren innere noch familienartige Organiſation durch dieſe Vereinigung nicht berührt wird.

Das Vermögen der gens beſteht in Grundbeſitz. Sie giebt und läßt davon dem Gentilen, aber unveräußerlich im Leben und Tode; denn nur für ſich ſelbſt hatte er es bekommen. Mit dem Grundbeſitz werden auch die auf demſelben wohnenden Clienten gehabt; dieſelben ſind Unterthanen der gens, alſo keine Sclaven. Denn es kann keine Vernichtung der Freiheit geben, die noch nicht geboren iſt; und keine Unterwerfung unter eine Einzelwillkühr, die noch nicht exiſtent iſt. Die Clienten bauen für die Herren, patres, den Acker, die patres allein führen das Schwert; erſt allmählig werden die edlen Racen aus Raubthieren Arbeitsthiere. Das Herrenverhältniß, welches als Schutzverhältniß auch ein Pflichtverhältniß iſt, heißt patronatus.

Nach Außen iſt die Tendenz des abſolut in ſich concreten Staats, ſich durchaus gegen daſſelbe zu ſchließen. Kein Fremder, weil er nicht Quirite iſt, kann in ſeine civitas aufgenommen werden. Der als poliſtiſcher auch mit ſich zufriedene Staat führt

keine Eroberungs= ſondern nur Vertheidigungskriege. In dieſen iſt ihm, nachdem er aus drei Volksſtämmen beſteht, kein Volk mehr gewachſen. Mit denen, welche er fürchtet, tritt er in Bundesverhältniß; die Beſiegten hält er fern und unterthan. Als Mittel dazu bedient er ſich der Colonie und der Gemeinde.

Die Coloniſation beſteht darin, daß in die Stadt des beſiegten Volks eine genügende Beſatzung von römiſchen Soldaten gelegt wird, welche, vom römiſchen Staate dadurch ausgeſchloſſen und abhängig, dort regiert und vigilirt gegen Wiederbeginn der Feindſeligkeiten, (rebellare).

§ 4.

Die römiſche Gemeinde, plebes romana.

Der gegen das Eindringen in die Curulität und Civität feſt verriegelte Staat konnte ſich jedoch des Andranges der Fremden nicht erwehren, und zog, wie faſt alle ſeines Gleichen, eine mehr und mehr wachſende Anſammlung (plebes, pleves) von fremden, freien Menſchen an ſich heran. Denn das freie Land, welches ſich um den römiſchen Staat ausbreitete, indem die kleinen Nachbarſtaaten entweder durch die römiſchen Waffen vernichtet, oder von dem beginnenden Schrecken des römiſchen Namens zurückgeſchoben wurden, dieſes Land, das ſeinen Mann nährte, bepflanzte ſich theils von ſelbſt mit Solchen, welche der römiſchen Einladung folgend hier eine Freiſtatt ſuchten und fanden, theils wurden aus den eroberten Staaten die ſtärkſten und beſten Stämme dahin verſetzt *). Schon dieſer Wald von Menſchen gab ein Bollwerk gegen den Sturm und Andrang von Außen.

Aber der römiſche Staat, der ihnen in dem freien Lande eine Exiſtenz gegeben hatte, verlangte nicht unbillig activen Dienſt durch Kriegspflicht, zu welcher ſie durch des Königs unbeſchränktes Militairimperium angehalten und ausgehoben wurden. Wes Landes und Volkes Kind der Anſaſſe war, kümmerte den Staat nicht, welcher ſelbſt unter ſeinen Bürgern ſich darüber hatte hinwegſetzen müſſen. Vorzüge und Vermiſſe der Art kamen nicht in Rechnung. Nur um die Fauſt war es zu thun, die den Pflug

*) Dion. II. p. 103.

und das Schwert verſtand, und der Disciplin gehorchte. Durch den Pflug wurden ſie der römiſchen Muttererde; durch Tapferkeit den Söhnen des Quirinus verwandt. Zu keinem andern als zum Ehrendienſt der Waffen verpflichtet, wohnten ſie dort als freie Männer. Denn nur wenn der Boden dem Soldaten gehört, gehört auch der Soldat dem Boden; und ſo eroberten die Römer in der Gemeinde Soldaten, und dann mit den Soldaten die Welt.

Durch den Mangel der Curulität und Gentilität waren die Plebejer ausgeſchloſſen von der römiſchen civitas, alſo keine patres rei romanae, nicht populus romanus.

Aber ebenſo waren ſie von den Unterthanen unterſchieden, theils durch das Herrenrecht der Waffen, theils weil ihr Haus und Hof ihr freies Eigen war; ſie waren Herren, aber nur ihres Hausſtandes, patres familiae. Aber unter ſich hatten ſie keine vom Staat anerkannte Verſammlung; denn das taugt nicht für Soldaten; alſo kein eignes Geſetz und kein eignes Gericht und das iſt keines.

Sie mußten demnach in allen Streitigkeiten ſich vertragen, oder wenn ſie Recht wollten, das Unrecht dulden, dieſes vor dem römiſchen Gericht zu ſuchen. Jedoch in eigner Perſon konnten ſie dort nicht ſtehen, denn das römiſche Gericht gehört nur dem römiſchen Bürger, der das römiſche Geſetz giebt.

Daher mußte ſich der Plebejer einen pater romanus wählen — patrem ciere, unter deſſen Schutz und Vertretung, patrocinium *), er ſich ſtellte. Das patrocinium macht die Sache des Schutzbefohlnen, der ſich ſelbſt wohl cliens nennen, aber nicht ſo nennen laſſen mogte, zur eignen Sache des pater.

Aber da nichts unentgeltlich iſt, am wenigſten ein koſtbares Gut, wie damals bürgerlicher Schutz, ſo mußte der Plebejer für das patrocinium wie ein Client als Gegengabe einen Zins von ſeinen Früchten zahlen, anfangs ſo viel, als beide mit einander, nachher ſo viel, als der Patricier mit ſich einig wurde. Denn die Geſetze, welche für die alte ächte Clientel gegeben waren, ſchützten nicht dieſe neue Quaſiclientel, und kein neues Geſetz hat-

*) Fest. v. Patrocinia: „Patrocinia appellari coepta sunt, cum plebes distributa est inter patres, ut eorum opibus tuta esset.“

ten die Plebejer zu erwarten von den Patriciern, die es allein geben konnten, aber gegen den eignen Vortheil nicht geben wollten.

Die Unbill dieſer klaren Rechtloſigkeit mußte der König und die Guten gegen die Würde des römiſchen Weſens erachten, aber noch mehr, ſie enthielt eine offne Contrectation des Staatsguts; denn dem Staate gehörte die ganze Kraft der plebes, welche in ihrem freien Wohlſein beſtand; und als Schirmherr der Gemeinde von Rechtswegen und als Lenker des Staats konnte er nicht zuſehen, wie die Inſtitutionen zur Stütze der Tapferkeit und des Gehorſams in Schlaffheit und Empörung verkehrt wurden. Vor Allem aber mahnte die nächſte Gefahr aus dem Mißbrauch des unrechtmäßig Erworbenen. Denn Einzelne wurden gegen das unverbrüchliche Geſetz des noch ungefugten, nur durch das Gleichgewicht der Theile beſtehenden Staats, durch größern Reichthum und Anhang unter der zur Hörigkeit hinabgezogenen Plebes ſo mächtig, daß entweder einige Wenige das Königthum, oder ein Einziger die Freiheit Aller zu vernichten drohte.

Hier galt es alſo, mit klarem Blick und kühner That dem Uebermuthe Schranken ſetzen. Das Vegetiren war zu Ende, die Geſchichte und Bewegung unaufhaltſam eingebrochen, und nur Ueberlegung und Umſicht konnte fortführen, was Abſicht angelegt hatte.

Es ließ ſich ſtreiten, wer über das Schickſal der Gemeinde zu beſtimmen habe, ob der König, oder auf Senatusconſult und Königs Antrag der populus romanus. Der König mochte ſein alleiniges Recht auf die urſprüngliche Stellung der plebes unter ſein unbeſchränktes Militairimperium gründen; die Patricier das ihrige auf den jetzigen Beſitzſtand des patrocinium, welcher auf Vertrag beruhend durch die Dauer Legitimität erhalten hatte, und durch jede Garantie der plebejiſchen Unabhängigkeit eine Schmälerung erleiden mußte. Genug, der König Servius Tullius warf ſich nach dem Rechte der Heroen zum Binder der plebejiſchen Freiheit auf, und war ſeine Entſcheidung incompetent, ſo war ſie doch billig.

§ 5.

Servianiſche Geſetzgebung.

Servius entſchied in der Sache der Plebejer gegen die Patricier, die Plebejer ſeien und bleiben frei, Herren ihrer ſelbſt und ihrer Angelegenheiten. Dieſe Freiheit ſei von jetzt ihr Band, und dieſe mögen ſie in eignen Verſammlungen pflegen und währen. Das freie Land der Gemeinde theilte er in 30 Bezirke, tribus. Wer in dieſen wohnte, hatte ein Stimmrecht in den Verſammlungen jener comitia tributa, welche beſtimmten über die innern Angelegenheiten des von jetzt an zweiten Standes, der plebes romana.

Somit war das gefährliche Band des patrocinium abgeſchnitten. Den Patriciern und ihrer Plünderung waren ſie entriſſen, um dem Staate und ſeinem Schutze verbunden zu werden als freie Männer zu Kriegspflicht und gerechter Abgabe. Aber keine Rache, nur Gerechtigkeit; kein rechtmäßiger Beſitz ſollte gekränkt werden. Die Curien blieben ihnen geſchloſſen und behielten alleinige und unbeſchränkte Gewalt in den Patriciſchen, curuliſchen Angelegenheiten.

Eine neue Verſammlung wollte Servius fortan für beide Stände; denn was beide angehe, müſſe von beiden beſchloſſen werden; gehöre die Gemeinde dem Staate, gehöre der Staat auch der Gemeinde. An dieſer allen gemeinen Verſammlung habe jeder ſo viel Antheil, als er werth ſei für das Allgemeine. Die Beſten ſeien die Bewährten, die patres rei romanae, welche Ehre und Macht von Alters haben. Die Neuen, Unbekannten, ſollen geprüft werden in dem census. Dieſer census ſolle die gerechte Wage der Bürger-Ehre und Pflicht ſein. So viel einer Macht und Reichthum aufweiſe, ſo viel trage er an Wehrpflicht durch Waffendienſt und Schoß. Aber ſo ſchwer er währe, ſo viel habe er Ehre, d. i. Bürgerrecht, Stimmrecht in der Volksverſammlung.

Nach 5 Sätzen von 100,000, 75,000, 50,000, 25,000, 12,500 wurden alle plebejiſchen Herrn in 5 Claſſen getheilt. Aus den Bürgern jeder einzelnen Claſſe wurden dann Rotten, centuriae, formirt, und jeder Centurie eine gleiche Kriegs- und

Steuerlaſt, und eine Stimme zugetheilt. Eine Centurie iſt ein Inbegriff eines abſolut beſtimmten Vermögensquantums, alſo ungleicher Individuenzahl, denn eine Centurie aus der reicheren Claſſe mußte weniger Individuen zählen, als eine der ärmeren, aber die Individuen jener ſchwerer ſteuern und dienen, als die Individuen dieſer. Die erſte Claſſe hatte 80, jede der drei folgenden 20, die fünfte Claſſe 30 Centurien; im ganzen alſo 170 eigentlich cenſirte Centurien. Neben dieſen waren noch 4 oder 5 außerordentliche Centurien von Handwerkern, Muſikanten und Aermeren, ſo daß wenn dazu die Patricier in 18 Rittercenturien traten, die combinirte Verſammlung, welche patres plebemque romanam begriff, 193 Centurien zählte.

Dieſe Verſammlung alſo, genannt comitia centuriata, comitiatus maximus oder populi, ſollte über Alles, über Krieg, Geſetz und Wahlen ſtimmen, aber nicht beſchließen. Denn da hier die plebes den Patriciat faſt zehnfach überwog, ſo wäre dieſer dadurch zu Nichte gemacht. Deshalb ſollten die Curien den Centurienbeſchluß erſt genehmigen. So war Allen Recht geſchehen. In den Tributcomitien hatten die Plebejer ihre ſtändiſche Selbſtſtändigkeit, wie die Patricier in den Curiatcomitien; in den Centuriatcomitien beide ihre Unterordnung unter den Staat, in denſelben die Plebejer Schutz vor der patriciſchen Willkühr, die Patricier vor der Plebejer Empörung *).

Durch dieſe Comitien erſt ſind die Plebejer als Minderberechtigte in die römiſche Civität aufgenommen, ausgeſchloſſen von der Curulität; ſie ſind hier populus, aber nicht Quirites, und die Anrede des curuliſchen Magiſtrats iſt nach römiſcher Redeweiſe, das Vornehmſte zuletzt nennend: populus romanus, Quirites.

Daß Servius auch in den Senat Plebejer habe aufnehmen wollen, iſt möglich, daß er die Königswürde niederlegen wollen, nicht glaublich. Jedes Extrem der Einſeitigkeit und Zügelloſigkeit vermeidend, bringt die Servianiſche Verfaſſung die über das Natürliche hinausgehende, künſtliche Univerſalität des Römiſchen zu

*) Liv. I, 43. Cic. de Rep. II, 22.

politiſchem Daſein oder doch zum politiſchen Bewußtſein. Sie iſt monarchiſch im König, oligarchiſch im Senat, ariſtokratiſch in den Curien, demokratiſch in den Tribus, und ganz eigenthümlich in den Centurien, und darum nicht dieſe oder jene Art der Herrſchaft, ſondern, wenn auch noch concret und nur noch in der Anlage, doch die Gattung, die Herrſchaft.

Es giebt keine Geſchichte, wie weit Servius ſeinem Urtheil Formrechtigkeit zu geben bemüht war, wie weit und wie lange er ihm Geltung verſchaffte, aber gewiß iſt, daß die Patricier ſcheel und grimmig danach ſahen; ſie fanden darin nicht Recht und Schutz des Wohlverdienten, ſondern ein Geſchenk der Willkühr aus dem Raub der Tyrannei. Das Werkzeug ihrer Rache fanden ſie in Tarquinius, vom Etruskerſtamm, der dem Servius das Leben und ſich den Thron deſſelben eigenmächtig ohne lex curiata de imperio nahm. Doch bald ergab ſich, daß er den Thron, den er im Intereſſe der Patricier zu beſteigen ſchien, nur zu ſeinem eignen beſaß. Denn die der Plebes entriſſene Gewalt gab er den Patriciern nicht zurück, ſondern vernichtete auch die, welche Servius ihnen gelaſſen hatte, und die vom Raube an der Plebes mächtigen einzelnen Standeshäupter dazu, ein ächter Tyrann; gerecht allein darin, daß er allen nahm. So verwegene Ueberſchreitung jedes Maaßes königlicher Macht konnte kein Kriegsglück, keine Pracht der Tempel und Staatsbauten verſtecken. Das leicht enttäuſchte Volk erhob ſich alſo im gerechten Zorn, verjagte den Tarquinius und verfluchte für alle Zeit den königlichen Namen, und den, der darnach trachten würde.

§ 6.

Republik und Conſulat.

Auf Rogation des königlichen Miniſters, wie ihn das etruskiſche Königthum des Tarquinius mit ſich brachte, des tribunus celerum, Junius Brutus, welcher auch die Vertreibung des Tarquinius geleitet hatte, reſtituirte das römiſche Volk ſeine alte Freiheit und Verfaſſung mit neuen Garantien.

Der alte populus der Patricier beſtimmte: 1) beim Volke ſolle, wie von Alters her, die höchſte Gewalt, summa rerum, majestas, in allen Angelegenheiten bleiben; der populus ſeien, wie von Alters her, die Quirites. 2) Der alte Senat bleibe und behalte die auctoritas, nicht ein Hinderniß der Freiheit, aber eine Schranke der Zügelloſigkeit. 3) Das imperium habe die majestas populi anzuerkennen, und ſei auf die actio zu beſchränken. Inmaaßen aber daſſelbe durch die lebenslängliche Dauer und das Alleinſtehen ſich gefährlich erwieſen, ſei es zu mehrerer Sicherheit auf die Dauer eines Jahres zu beſchränken, und an zweie zuſammen, an con-sules praetores zu verleihen*), die einander in Allem intercediren möchten und in der Führung monatlich wechſeln ſollten.

Doch in Erwägung, wie bei plötzlicher Gefahr von Innen oder von Auſſen die ſchnelle Hülfe allein von einer abſoluten Gewalt zu leiſten ſei, wie überhaupt auſſerordentliche Zufälle außerordentliche Mittel erheiſchen, ward beliebt, daß für ſolche Nöthe ein unbeſchränkter Meiſter des Volks, magister populi, ſein ſolle, der nicht bloß die actio, ſondern ſelbſt die summa rerum, potestas, ſelbſt das jubere, dicere habe, ein dictator. Sei ſeine Macht durch ſein Alleinſtehen doppelt ſo ſtark, wie die ordentliche der Conſuln, ſo dauere ſie nur halb ſo lange, höchſtens ein halbes Jahr. Es dürfe ſich der Dictator, wie der etrusciſche Imperator einen untergebenen Miniſter, magister equitum, ohne welchen er nicht Alles expediren könnte, ſelbſt wählen, damit Alles von einer Hand geleitet werde**)

---

*) Cic. de leg. III, 3: „Regio imperio duo sunto, iique praeeundo judicando consulendo praetores judices consules appellantor. militiae summum jus habento, nemini parento; ollis salus populi suprema lex esto.“ — L. 2. § 16, 17, 18, 19. D. de Orig. Jur. (I, 2.)

**) Cic. de leg. III, 3: „Ast quando duellum gravius, discordiaeve civium escunt, oenus ne amplius sex menses, si senatus creverit, idem juris, quod duo consules, teneto: isque ave sinistra dictus, populi magister esto: equitemque qui regat, habeto pari jure cum eo, quicunque erit juris disceptator.“

Angehend die Angelegenheiten der plebes, möge dieſe denn die von Servius gegebenen Tribus und Centurien behalten, möge ſie unter dem imperium ſtehen, dem ſie ja auch jene Ehren verdanke. So werde man ſie nicht mehr einzeln zu zügeln haben, jene Tribus und Centurien ſollten ihr ein Netz werden, in welchem die eine Hand des Conſuls ſie alle in Zucht halten könnte.

Daß die plebes von den Curien, um ſo mehr vom Senat, vom Beſitz am ager publicus, vom Connubium mit den Patriciern ausgeſchloſſen blieb, geſchah ohne getäuſchte Erwartungen.

§ 7.

Plebejiſche Oppoſition und Rogationen.

Die Patricier hielten dieſe Verfaſſung für die rechte, weil ſie die alte war, und weil ſie dieſelbe gegeben hatten. Die Plebejer beſtritten dieſelbe, weil ſie ihnen nicht gab, was ihnen nach der Servianiſchen Verfaſſung zukam, weil ſie an der Sanction derſelben keinen Theil genommen, wie ihnen nach der Servianiſchen zukam. Vor Allen forderten die Plebejer, die nur die Laſt der Servianiſchen Verfaſſung durch Steuerung und Aushebung behalten hatten, auch das Recht derſelben, den comitiatus maximus beider Stände für die Staatsangelegenheiten, vorzüglich für die Wahl der Conſuln, von deren Perſönlichkeit für ſie und für den Staat Alles abhing. Die Patricier aber behaupteten, daß die curuliſche Würde keine Staats-, ſondern eine curuliſche Angelegenheit ſei, die Plebejer alſo dieſelbe ſo wenig wählen könnten, als ſie wählbar für dieſelbe ſeien. Noch Attus Navius habe erwieſen, wie nach den älteſten Satzungen die curuliſchen sacra und Auſpicien nur für die Quiriten ſeien.

Die Patricier waren bei dieſem Streite im Beſitz, welchen ſie um ſo leichter ſchützen konnten, da durch beſtändige Kriege, während welcher die Plebejer verfaſſungsmäßig unter dem unbeſchränkten conſulariſchen oder dictatoriſchen Imperium ſtanden, dieſelben in beſtändiger Ohnmacht erhalten wurden. Ihre Lage war alſo ſchlimmer als jemals. Denn das imperium wirkte jetzt nicht mehr im Intereſſe des Staats, ſondern des feindlichen Standes, und konnte die von Servius zum Schutz der Gemeinde

gegebene Ordnung mit Klugheit leicht in ein Zwangsmittel verkehren. Die ſomit rechtlich vom Staate ganz Ausgeſchloſſenen drohlen im Jahre 261 ſich auch factiſch von demſelben zu trennen. Es erfolgte wirklich eine derartige Demonſtration durch einmüthige Seceſſion der Plebejer auf den heiligen Berg, und nur durch das Zugeſtändniß einer Schutzgewalt ließen ſie ſich zur Rückkehr vermögen. Die deshalb durch beſchwornen Vertrag eingeſetzten tribuni plebis ſollten, wie ein Magiſtrat, ſacroſanct ſein, und innerhalb der Bannmeile die Gewalt einer abſoluten Negative haben durch ein veto gegen jeden Act der curuliſchen Magiſtrate, welcher den Stand oder einen Standesgenoſſen gefährde. Dieſer tribuni, denen in den aediles plebis Gehülfen beigegeben wurden, waren anfangs, wie der Conſuln 2, bald 5, am Ende des Jahrhunderts 10 *)

Abgeſehen davon, daß dieſe im Tribunat verliehene Negative mit aller Aufmerkſamkeit auch da nicht allenthalben helfen konnte, wo ſie reden durfte, abgeſehen ſelbſt davon, daß ſie da, wo die abzuwehrende Willkühr grade am gefährlichſten und deshalb am thätigſten war, im Kriege nämlich, von Rechtswegen ceſſirte, ſo war es ein empörender Zuſtand, die ungefährdete Exiſtenz als eine Conceſſion betrachten zu müſſen, und dieſe gegen einzelne poſitive Mishandlungen zielende Conceſſion nicht im Stande, dem immanenten Unrecht zu ſteuern, deſſen Document ſie allein war, dem Unrecht, welches in der Ausſchließung von den Angelegenheiten des Staats lag, deſſen raſtlos thätige Stütze ſie waren. Sie hatten keine Gelegenheit, irgend ein Verlangen mit der Nöthigung zur Erledigung vorzubringen, geſchweige das billigſte durchzuſetzen; denn es gab keine Nöthigung, einen Beſchluß der Tribus an die Curien zu bringen, weil er nicht vom Senat ausgegangen war; denn nur die curuliſche Initiative hat Anſpruch auf die curuliſche Entſcheidung, aber nichts kann den Conſul zwingen, einen Tribusbeſchluß in den Senat zu bringen, nichts ihn zwingen, die Centurien zu verſammeln. Entweder beſtritt der Conſul die Centurienverhandlung für irgend eine Angelegen-

*) Liv. II, 33. 35.

heit als anerkanntes Recht, oder geſtand er das Recht für Staatsangelegenheiten zu, ſo läugnete er von der obſchwebenden, daß es eine ſolche ſei, wie entſchieden von der curuliſchen Würde behauptet wurde, daß ſie eine nur curuliſche Angelegenheit ſei. Und ließ man einmal eine Vorwahl oder Berathung durch die Centurien zu, ſo war es eine Vorwahl und Berathung, deren letzte Entſcheidung die Curien in der Hand hatten.

Nachdem ſo die Gemeinde durch allerlei den Patriciern günſtige Umſtände, durch Ränke und kluge Beſchwichtigung einzelner Folgen ihrer Stellung bis zu Ende des Jahrhunderts hingehalten worden, alle ihre Verſuche und Anträge auf einzelne Rechte der Civität abgeſchlagen waren, gedieh die lange genährte Empörung zur Reiſe, und richtete ſich, durch Dulden in der Rechtmäßigkeit geſteigert und durch die Zögerung an factiſcher Gewalt gekräftigt, unabweisbar auf eine radicalere Umgeſtaltung der ſchädlichen Urſachen ſelbſt und auf umfaſſendere Garantien, als ſie der Tribunat gewähren konnte.

§ 8.

Das Geſetz der XII Tafeln.

Die erſte Frucht dieſer Beſtrebungen war das im Jahre 305 vollendete Geſetz der XII Tafeln *). Daſſelbe wurde von der

*) L. 2, § 3, 4. D. de Orig. jur. (I, 2). „Exactis deinde Regibus lege Tribunica omnes leges hae exoleverunt, iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine ali, quam per latam legem; idque prope viginti annis passus est. Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus, et civitas fundaretur legibus —; quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi. Datumque est iis jus eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur, neque provocatio ab iis, sicut a reliquis magistratibus fieret. Qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus; ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adjecerunt; et ita ex accidentia appellatae sunt leges duodecim tabularum, quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris Hermodorum quendam Ephesium, exsulantem in Italia, quidam retulerunt

neuen Magiſtratur der Decemvirn, welche wahrſcheinlich aus beiden Ständen wählbar als alleinige Magiſtratur für immer an die Stelle der Conſuln und Tribunen treten ſollten, rogirt. Aber ſchon im dritten Jahr wurde dieſe oligarchiſche Regierung, wie die Tyrannis des Tarquinius verjagt *).

Die Rogation wurde an den comitiatus maximus der Centurien gebracht, alſo von beiden Ständen angenommen.

Das Geſetz umfaßte, wie immer in ähnlichen Fällen zu geſchehen pflegt, alle Zweige des Rechts. Es normirte das politiſche Verhältniß der beiden Stände zum Staate, und gegen einander, enthielt ſacralrechtliche, polizeiliche Beſtimmungen, ſtrafrechtliche und civilrechtliche Normen, ſowohl materielle als proceſſualiſche.

Eine der wichtigſten Beſtimmungen in ſtaatsrechtlicher Beziehung, welche bei der Sanction des Geſetzes die erſte Anwendung fand und der plebes erſt die Civität ſicherte, war die, daß kein Geſetz ohne die Genehmigung der Centurien Geltung haben ſolle, und dieſer entſprechend die andere, daß die höchſte Strafgerichtsbarkeit bei denſelben Centurien ſein ſolle **)

Wiewohl hiedurch den Plebejern allerdings die gemeine Civität verliehen war, blieben ſie doch in politiſcher Berechtigung weſentlich von den Patriciern geſchieden; es fehlt ihnen noch immer die Curulität, und folglich die Theilnahme an den Curiatcomitien und die Fähigkeit zum Conſulat und den andern curuliſchen Würden, das connubium mit den Patriciern, und Anderes.

Nächſt der Anerkennung der Centuriatcomitien, durch welche ein gemeinſchaftliches Geſetz und Recht für beide Stände gegründet wurde, war beſonders die Regulirung des bisherigen Verfahrens in Civilrechtsſtreitigkeiten dringendes Bedürfniß, da in dieſer Beziehung die Plebejer nothwendig Vieles von der Willkühr der patriciſchen Magiſtrate hatten

*) Cic. de Rep. II, 36. Liv. III, 9. 10. 34.

**) Cic. de Rep. II, 36.

dulden müſſen. Und das Geſetz ſcheint in der That in dieſer Beziehung ſehr ausführliche Beſtimmungen getroffen zu haben.

Ausdrücklich wurden endlich die alten plebejiſchen privatrechtlichen Gewohnheiten, die Freiheit des Privateigenthums garantirt gegen die Willkühr der Magiſtrate ſowohl, als gegen die Widerrechtlichkeit Einzelner.

Das Zwölftafelgeſetz nun, welches auf dieſe Weiſe alle Keime des geſammten damaligen, eines nur noch in ſeinen Keimen vorhandenen Rechts enthielt, konnte bis zur letzten Entwicklung dieſer Keime mit Recht die Quelle des geſammten Rechts, fons publici omnis privatique juris, genannt werden; der beſondere Inhalt und die Geſtaltung ſeines Zeitalters war in wenigen Jahrhunderten ſchon veraltet, aber die Principien, die fontes et capita, hatten den nicht erſchöpften Reichthum und die Bildſamkeit, die in einer unendlichen Reihe neuer ſelbſtſtändiger Erzeugniſſe fortlebte.

Die weitere Entwicklung der geſetzgebenden Gewalt. Von den XII Tafeln bis zum Beginn der Monarchie.

§ 9.

1. Volksgeſetzgebung, leges, plebiscita.

Die durch das Zwölftafelgeſetz dem Volke zuerkannte höchſte Gewalt, die ihm dem Namen nach wenigſtens noch das erſte Jahrhundert der Herrſchaft der Imperatoren verblieb, war in den erſten anderthalb Jahrhunderten nach den XII Tafeln in den alten drei Comitien thätig, welche jedoch ſchon zur Zeit der XII Tafeln weſentliche Umgeſtaltungen erlitten hatten, und immer mehr erfuhren.

Die Curiatcomitien blieben ohne Zweifel rein patriciſch, bis einzelne Bürger durch die Bekleidung curuliſcher Würden auch die Theilnahme an den Comitien der Curien bekamen.

Die Tributcomitien aber hatten ſchon zur Zeit der XII Tafeln ihre urſprüngliche Bedeutung als rein plebejiſche Verſammlungen verloren, ſeitdem ſich die Patricier, anfänglich durch Grundbeſitz in den Tribus, den Zutritt verſchafften, welcher bald jedem als Bürger von ſelbſt zuſtändig war.

Die Centuriatcomitien hatten von jeher beide Stände umfaßt, und wuchſen wie die Tributcomitien mit der immer weitern Ausdehnung der Civität.

Die Ordnung der Volksgeſetzgebung war nach den XII Tafeln die, daß alle Geſetze und die Wahlen *) der Staatsmagiſtraturen, von welcher Art nicht alle curuliſchen Würden waren, durch die Centuriatcomitien gehen, und nach der Genehmigung durch dieſe erſt die Zuſtimmung der patres eingeholt werden müſſe.

Aber ſchon im Jahre 305 beſtimmte eine lex Valeria Horatia **), daß auch die Beſchlüſſe der Tributcomitien, in denen jetzt ſchon das ganze Volk ſtimmte, wie die Beſchlüſſe der Centurien das ganze Volk verbinden ſollten, vorausgeſetzt, daß ſie die nachträgliche Genehmigung der patres erhielten; doch konnte ſich dieſe Gewalt der Tribus immer nur auf eigentliche Geſetze erſtrecken, nicht aber auf die Wahlen der magistratus populi, denn dieſe konnten nur unter den höhern Auſpicien, welche dieſen Comitien fehlten, nur unter Leitung eines magistratus populi gehalten werden; die Tributcomitien aber konnten bis zu Ende nur vom tribunus plebis verſammelt werden ***).

Die leges Publiliae Philonis vom Jahre 417 endlich gaben den Centurien völlige Selbſtändigkeit. Die eine machte durch die Beſtimmung, daß die Genehmigung der Patricier zum Voraus gegeben werden ſolle, dieſe zu einer bloßen Form †).

---

*) Polyb. VI, 14. „*Καὶ μὴν τὰς ἀρχὰς ὅ δῆμος δίδωσι τοῖς ἀξίοις. — Ἔχει δὲ τὴν κυρίαν καὶ περὶ τῆς τῶν νόμων δοκιμασίας. καὶ τό μέγιστον, ὑπὲρ εἰρήνης οὗτος βουλεύεται καὶ πολέμου.*“

**) Liv. III, 55. „Omnium primum, quum veluti in controverso jure esset, tenerenturne Patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulere, ut, quod tributim plebes jussisset, populum teneret.“

***) Cic. de leg. III, 4. „Cum populo patribusque agendi jus esto consuli, praetori, magistro populi equitumque, eique quem patres produnt consulum rogandorum ergo; tribunisque, quos sibi plebes rogassit, jus esto cum patribus agendi; iidem ad plebem, quod oesus erit, ferunto.“

†) Liv. VIII, 12. „Dictatura popularis et orationibus in Patres

Daſſelbe beſtimmte im Jahre 465 auch für die Beſchlüſſe der Tributcomitien die lex Hortensia, welche verordnete, daß die plebiscita für ſich allein für das ganze Volk verbindliche Kraft hätten*).

Da nun in den Verſammlungen der Tribus alle Bürger, nicht bloß die Plebejer, ſondern auch Patricier ſtimmten, da in denſelben nach Köpfen geſtimmt wurde, und nur von Tribunen, die verfaſſungsmäßig nichts anderes waren als Beſchützer der Einzelnen, der Idioten, als ſolcher, ohne Senatsberathung rogirt wurde, da nun der Einfluß der Curien auf die Geſetzgebung dem Rechte nach völlig aufgehoben, die Geſetzgebung der Centurien factiſch immer ſeltener wurde, ſo war die Volksgewalt mit Ausſcheidung alles Ariſtokratiſchen, Timocratiſchen und überhaupt Oligarchiſchen aus ihrer Mitte, mit der Befreiung von aller Bevormundung und Gemeinſchaft des Ariſtocratiſchen, in die Reinheit des democratiſchen Princips und die dieſem entſprechende Selbſtſtändigkeit und Allgemeinheit erweitert und geläutert.

Aber nicht, daß hiedurch das der Totalität der Verfaſſung urſprüngliche monarchiſche und optimatiſche Moment vernichtet und ganz verdrängt worden wäre, ſondern dieſe gelangten vielmehr gleichzeitig in der ihnen eigenthümlichen Sphäre

---

criminosis fuit, et quod tres leges secundissimas plebei, adversas nobilitati, tulit: unam, ut plebiscita omnes Quirites tenerent, alteram, ut legum, quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium Patres auctores fierent."

*) Gaj. I. § 3. „Lex est, quod populus jubet atque constituit; plebiscitum est, quod plebs jubet atque constituit. plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent. sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent. itaque eo modo legibus exaequata sunt!"

zu derſelben Reinheit und Selbſtſtändigkeit, wie das democratiſche in der ſeinigen.

§ 10.

2. Einfluß der Magiſtratsgewalt auf die Bildung des Rechts. Jus honorarium.

Die Magiſtrate behalten während der Zeit der Republik die Leitung, actio, und bleiben verfaſſungsmäßig auf dieſelbe beſchränkt *), während ſie factiſch dieſelbe weit überſchreiten.

Wenn die erſte Einführung der consules praetores nur noch eine bloß quantitative Theilung der im regnum vereinten ganzen actio war, ſo machte ſich doch, nachdem nach der Verjagung der Decemvirn der Conſulat, und neben ihm der Tribunat wiederhergeſtellt war, ſehr bald eine qualitative Theilung der im conſulariſchen imperium vereinten Gewalt geltend.

Die erſte geſchah im Jahre 311. Der Conſulat war nach der Verjagung der Decemvirn als eine euruliſche Magiſtratur wiederhergeſtellt worden. Die plebejiſchen Anträge auf Wählbarkeit ihrer Standesgenoſſen für dieſe Magiſtratur hatten zwar nicht den beabſichtigten Erfolg, blieben aber doch nicht ganz ohne Erfolg. Denn es wurde ſtatt des Conſulats unter dem Namen tribuni militares consulari potestate eine neue Magiſtratur, welche auch den Plebejern zugängig ſein ſollte, eingeführt **). Dieſe Tri-

---

*) Cic. de leg. III, 1. „Videtis igitur, magistratus hanc esse vim, ut praesit, praescribatque recta et utilia et conjuncta cum legibus: (ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus:) vereque dici, magistratum legem esse loquentem; legem autem, mutum magistratum.“

**) Liv. IV, 6. „Interroganti tribuno, cur plebejum consulem fieri non oporteret, ut fortasse vere, sic parum utiliter in praesens certamen respondit, quod nemo plebejus auspicia haberet. ideoque decemviros connubium diremisse, ne incerta prole auspicia turbarentur. — Per haec consilia eo deducta res est, ut tribunos militum consulari potestate promiscue ex Patribus ac plebe creari sinerent; de consulibus creandis nihil mutaretur, eoque contenti tribuni, contenta plebs fuit.“

bunen ſollten, wie ihr Name ſagt, die conſulariſche Gewalt in allen militairiſchen und auswärtigen Angelegenheiten, nicht aber in der Stadt, üben. Angeblich um die daraus entſtehende Lücke für die Geſchäftsführung in der Stadt auszufüllen, wurde durch patriciſchen Einfluß ein neuer Prätor, welcher ſpäter von dem Hauptgegenſtande und der Baſis ſeiner Wirkſamkeit den Namen censor erhielt, als eine curuliſche, rein patriciſche Würde vom conſulariſchen Range eingeführt *).

Nachdem der Militairtribunat längere Zeit hindurch theils ununterbrochen, theils abwechſelnd mit Conſuln gedauert, wurde im Jahre 388 ſtatt der Militairtribunen der Conſulat als ordentliche Magiſtratur, aber mit Wählbarkeit für die Plebejer wieder eingeführt **); aber ohne daß die Prätur von 311, die Cenſur, deshalb eingegangen wäre, ſondern dieſelbe erhielt ſich, und zwar nicht bloß in dem alten patriciſchen Range, ſondern auch in dem einmal in Beſitz genommenen Bereiche der Function für die ſtädtiſchen, öffentlichen Geſchäfte. Der Conſulat beſchränkte ſich factiſch immer mehr auf die durch lange Uebung des Militairtribunats zu einem ſelbſtſtändigern Ganzen abgeſchloſſenen kriegeriſchen und auswärtigen Angelegenheiten. Gleichzeitig mit der Zulaſſung der Plebejer zu dieſem das Parteiintereſſe wenig mehr fördernden Conſulate, wurden, um einen Erſatz für den verlornen Alleinbeſitz des Conſulats zu gewinnen, von den Patriciern im Jahr 388 ein neuer curuliſcher ſtädtiſcher Prätor ***) neben dem cenſoriſchen von 311 und curuliſche Aedilen eingeführt.

---

*) Liv. IV, 8. Cic. de leg. III, 3. „Censores populi aevitates, soboles, familias pecuniasque censento: urbis templa, vias, aquas, aerarium, vectigalia tuento: populique partes in tribus distribuunto: exin pecunias, aevitates, ordines partiunto: equitum peditumque prolem describunto: caelibes esse prohibento: mores populi regunto: probrum in senatu ne reliquunto: bini sunto: magistratum quinquennium habento: reliqui magistratus annui sunto: eaque potestas semper esto.“

**) Liv. VI, 42.

***) L. 2. § 27. D. de orig. jur. (I, 2). „Cumque consules avo-

Im Jahre 417 mußte auch die Cenſur und Prätur den Plebejern zugeſtanden werden *), die curuliſche Aedilität ſchon im zweiten Jahre nach ihrer Einführung.

Dem praetor urbanus vom Jahre 388, der gewiß nicht für einen beſtimmten engen Geſchäftskreis ausſchließend eingeſetzt oder rechtlich von Anfang an auf einen ſolchen beſchränkt war, blieb factiſch, nachdem der ganze Kreis der öffentlichen Geſchäfte ſich in der Cenſur und dem Conſulat conſolidirt hatte, nur der einzige Theil des magiſtratiſchen imperium, die Jurisdiction in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten **). Dieſem Prätor wurde unter dem Namen praetor peregrinus im Jahre 512 ein College gegeben, welcher der Jurisdiction für Peregrinen vorſtehen ſollte ***).

Die Function dieſer beiden Prätoren war, darüber zu entſcheiden, ob das Recht und Herkommen denen, welche einen Rechtsſtreit beabſichtigten, auf die von ihnen angeführten Thatſachen hin, ein Verfahren, actionem, judicium, geſtatte, alſo nach ihrem Ermeſſen das gewünſchte Verfahren zu geſtatten oder zu verweigern. Das iſt jus dicere, oder judicium s. actionem dare. Der Prätor entſchied alſo nicht, ob die erhobenen Anſprüche im beſondern Fall begründet oder abzuweiſen ſeien, ſondern nur darüber, ob überhaupt auf ſolche Thatſachen, wie die an-

---

carentur bellis finitimis, neque esset, qui in civitate jus reddere posset, factum est, ut Praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe jus redderet." Liv. VI, 42. VII, 1. „Annus hic erat insignis novi hominis consulatu, insignis novis duobus magistratibus, praetura et curuli aedilitate. Hos sibi patricii quaesivere honores pro concesso plebi altero consulatu."

*) Liv. VIII, 12.

**) Cic. de leg. III, 3. „Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, praetor esto. is juris civilis custos esto. huic potestate pari quotcunque senatus creverit, populusque jusserit, tot sunto."

***) L. 2. § 28. D. de orig. jur. (I, 2). „Post aliquot deinde annos, non sufficiente eo Praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius Praetor, qui Peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos jus dicebat."

geführten, ſolche Anſprüche, wie die erhobenen, oder welche darauf hin erhoben werden könnten, gemäß dem Sinne des geſchriebenen und ungeſchriebenen Rechtes.

In dieſer ſeiner Amtsſphäre, der authentiſchen Interpretation des Rechts hatte der Prätor das jus edicendi, d. h. er konnte, wie jede Magiſtratur des römiſchen Volks in der ſeinigen, die nach ſeinem Wohlbefinden erforderlichen Befehle und Beſcheide, edicta, erlaſſen, mit dem Erfolge, daß jeder, den ſie angingen, aus denſelben berechtigt und verpflichtet wurde *).

Am Ende des vierten Jahrhunderts, zur Zeit wo der praetor urbanus von 388 eingeſetzt wurde, war das Recht noch einfach, unzweifelhaft und ungeſchrieben fließend und lebend in der Gewohnheit des Volks. Und wenn der Prätor in ſeiner Jurisdiction dieſes Recht ausübte und edicirte, ſo ſagte er nicht leicht etwas, was dem Volke neu und verwunderlich geweſen wäre, in den Grundſätzen des Rechts und in der Art des Verfahrens nur das Gewohnte und Bekannte. Aber nicht gar lange nach der Einführung dieſer Prätur, ſchon vom fünften Jahrhundert an, machten ſich die bedeutendſten Erweiterungen und Principänderungen im Rechte geltend, wie dieſes die große Thätigkeit der Volksgeſetzgebung, und namentlich einzelne leges, wie z. B. die lex Atinia, die lex Poetelia &c. kund thun, wie ferner die zur Belehrung des Volks entſtehende juriſtiſche Literatur, und die Entſtehung einer Rechtswiſſenſchaft und eines Rechtsunterrichts erkennen laſſen. Von dieſer Zeit an wurde das größtentheils ungeſchriebene Recht ſo reich an Umfang, ſo mannigfaltig und deshalb in ſeiner Erkenntniß ſo ſchwierig und zweifelhaft, daß es dem Prätor wohl begegnen konnte, daß ſeine Auslegung und Ausübung des geltenden Civilrechts hier und da nicht bloß Verwunderung

---

*) **Gaj. I, 6. „Jus autem edicendi habent magistratus populi Romani. sed amplissimum jus est in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini: quorum in provinciis jurisdictionem Praesides earum habent. item in edictis Aedilium curulium: quorum jurisdictionem in provinciis populi Romani Quaestores habent; nam in provincias Caesaris omnino Quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non proponitur.“**

und Ueberraſchung, ſondern ſelbſt Mißbilligung hervorrief. Um ſo den Vorwurf, daß er das Recht unerwartet anders verſtehe, als ſeine Vorgänger, und als er ſelbſt zu Zeiten edicirt hätte, und anders als man habe vermuthen können, um alſo das Volk vor unverſchuldetem Mißverſtändniß, wie ſich vor unverdientem Tadel zu ſichern, pflegte der Prätor, vielleicht auf laut gewordenen Wunſch des Volkes ſelbſt, gewiß ſchon im 5. Jahrhundert beim Antritt ſeiner Magiſtratur zum Voraus durch ein Edict ſeine Meinung über einzelne Puncte, die in obiger Weiſe Anſtoß gefunden oder Erörterung hervorgerufen hatten, auszuſprechen, in einem Edict, das ihm und denen, die danach gerichtet werden ſollten, für das Jahr ſeiner Amtsführung als Richtſchnur dienen ſollte, welches bald im Gegenſatz der edicta prout res incidit proposita, s. repentina, die nur für den einzelnen grade zur Erledigung vorliegenden Fall erlaſſen wurden, edictum annuum, perpetuum hieß *).

In dieſem Edict pflegte er denn zu ſagen, wie er in einem ſo und ſo beſchaffenen Falle, z. B. aus einem ſo geſchloſſenen Vertrage, gegen eine ſo beſchaffene Handlungsweiſe, für eine ſo geſtellte Perſon, gegen eine ſo geſtellte Perſon allerdings einen rechtlichen Schutz und Verfahren geſtatten werde, (actionem, judicium pollicetur); wie er hingegen ein ſonſt allerdings herkömmliches Verfahren, judicium proditum, actionem unter ſo beſchaffenen Umſtänden in ſeinem Erfolge ausnahmsweiſe ſiſtiren werde, (exceptionem pollicetur, inutilem reddit actionem). Alles dies, weil es ſo nach ſeinem Dafürhalten die Meinung des Civilrechts und die Anſicht aller redlichen und vernünftigen Leute ſei. Man konnte nun ſeine Interpretation bekritteln, oder ſich darüber wundern, aber als der authentiſchen mußte man ſich ihr fügen. Dieſelbe konnte aber auch nicht wohl die ſchlechteſte ſein; denn dem Prätor ſtand nicht bloß der allgemeine gute

---

*) L. 2. § 10. D. de orig. jur. (I, 2). „Eodem tempore et magistratus jura reddebant, et ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemuniret, edicta proponebant; quae edicta Praetorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore Praetoris venerat."

Rath zu Gebothe, ſondern er pflegte ſich mit einem eignen Rath, (consilium Praetoris), zu umgeben; er hatte keinen Beweggrund, ſich dieſem zu widerſetzen; die Zufriedenheit und Gunſt des Volks konnte ihm allein Ziel ſein. Bei dem Zweck und Grunde der Entſtehung des Edicts konnte es nicht leicht fehlen, daß das, was im vergangenen Jahre ſich bewährt hatte, ſich auch für das folgende Jahr empfahl; und ſo nahm der Nachfolger nach ſeinem Ermeſſen die Edicte ſeines Vorgängers auf, änderte, erweiterte, wo er Veranlaſſung fand. Genug ſchon am Ende des 7. Jahrhunderts war das Edict der Prätoren bei weitem zum größten Theil ein überliefertes, tralatitium, eine authentiſche Interpretation des Rechts, empfohlen nicht bloß durch die Auctorität und Gewalt eines Einzelnen, des zeitigen Prätors, ſondern zugleich durch die Erfahrung der Vergangenheit und die Billigung der Gegenwart.

Die Geſetzgebung der Volkscomitien, die leges, wurden je länger das Edict beſtand und je ergiebiger es wurde, um deſto ſeltener. Und wenn dieſe zunehmende Unthätigkeit der Volksgeſetzgebung größtentheils die Urſache der geſteigerten Thätigkeit des Edicts war, ſo war ſie nicht minder Folge derſelben. Das Edict nahm ſich der wachſenden legislativen Arbeit an, weil das Volk derſelben nicht mehr gewachſen war, und das Volk verzichtete auf dieſelbe, ſo weit ſie vom Edict gethan wurde.

Wiewohl nun das Edict in ſeiner geſteigerten Thätigkeit keinesweges den urſprünglichen Ausgangspunct und die urſprüngliche Richtung derſelben veränderte, ſo konnte doch ſchon am Ausgang dieſer Periode, zu Ende des 7. Jahrhunderts, die Interpretation des Edicts in der gemeinen Vorſtellung leicht den Schein eines ſelbſtſtändig neuen Rechtes annehmen. Die bloße Vorſtellung, welche an der Erſcheinung haftet, ſieht nur den Ausgangspunct, das, was interpretirt iſt, und den Endpunct, wie interpretirt iſt, nicht aber die nur durch verſtändiges Eindringen zu erfaſſende Vermittelung und Verbindung der Interpretation ſelbſt. Es iſt aber in der That das in Natur und Kunſt allgemeine und nothwendige Verhältniß von Unentwickeltem und Entwickeltem, welches ſich hier zwiſchen dem Interpretirten und der Interpretation deſſelben, zwiſchen dem alten jus civile und dem jus honorarium darbietet. Die in das

Weſen des Unterſchiedes eindringende Doctrin ließ ſich denn auch durch das Divergente der Erſcheinung nicht irre machen, in dem Edicte nur das entwickelte Leben, die Interpretation des alten Rechtes ſelbſt zu erkennen, und nannte es dieſer Einſicht gemäß die viva vox juris civilis. Dieſer Auffaſſung nicht bloß nicht entgegen, ſondern dieſelbe entwickelnd, iſt diejenige, welche das Verhältniß des Edicts zum Civilrecht nicht bloß als bekräftigend, ſondern als ſuppletoriſch und correctoriſch bezeichnet *).

Denn das, was ſupplirt und corrigirt wird, iſt nicht das Recht ſelbſt, d. i. der Geiſt des Rechts, ſondern eben nur der Buchſtabe. Der Prätor ſupplirte das Civilrecht, oder genauer deſſen karge Geſtaltung und Form, wenn er da, wo das Civilrecht ſprach, aber nicht alles ſagte, was es meinte, und mehr noch, wenn er da, wo das Civilrecht ganz ſchwieg, dasjenige edicirte, was das Civilrecht meinte und geſagt haben würde, wenn es geſprochen hätte. Aber da das Civilrecht, das Volk, das was gelten ſollte, was es meinte, nicht immer ausdrücklich durch leges ausſprach, ſo hob es auch das nicht immer durch ausdrückliche leges auf, was es einſt befohlen hatte, was es aber jetzt nicht mehr gelten laſſen wollte. Wenn hier der Prätor dem Buchſtaben des Civilrechts die Geltung verſagte, denſelben corrigirte, ſo that er auch hier nichts Anderes, als daß er den Geiſt des Civilrechts, das Civilrecht ſelbſt alſo, adjuvirte **). So konnte man ſchon am Ende der Republik faſt das ganze wirk-

*) L. 7. D. de just. et jur. (I, 1.) „Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum venit. Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et honorarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum.“ L. 8. D. eod. (I, 1). „Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.“

**) Cic. de invent. II, 22. „In ea (consuetudine) autem jura sunt quaedam ipsa jam certa propter vetustatem, quo in genere et alia sunt multa, et eorum maxima pars, quae praetores edicere consueverunt.“

lich geltende Recht im Edict verzeichnet finden. Was im Edict enthalten war, hatte, wenn auch Niemand mehr ſeinen Urſprung und ſeine Vermittlung durch das Civilrecht nachweiſen konnte, ſicher practiſche Geltung. Eine Norm aber, die nicht direct oder indirect durch das Edict anerkannt war, und mochte ſie in den alten Büchern der Juriſten, oder in einer lex ſelber geſchrieben ſtehen, war ohne practiſche Wirkung, antiquirt.

Aus der bisher entwickelten Natur des edictum perpetuum ergiebt ſich ſchon von ſelbſt, daß daſſelbe nicht bloß die Bürger berechtigen und verpflichten konnte, ſondern in gleicher Weiſe die daſſelbe ausübenden Magiſtrate verpflichten mußte. Mochte ein beſtimmtes einzelnes Edict, ein tralatitium, oder ein vom zeitigen Prätor ſelbſt, aber als perpetuum, annuum, erlaſſenes ſein, ſo mußte er dem durch translatio ſtillſchweigend, oder gar ausdrücklich für ſein Jurisdictionsjahr gebilligten Edicte gemäß jus dicere. Denn ſein Edict war kein Geſetz, welches allerdings vom Geſetzgeber auch vor Ablauf der von ihm ſelbſt in Geſetzesform beſtimmten Dauer zurückgenommen werden kann, ſondern immer nur eine Interpretation des Geſetzes und Rechts, eine ſubjective Ueberzeugung von dem objectiven Inhalt dieſes, welche ein gewiſſenhafter Mann nur ausſpricht, wenn ſie ſeine Ueberzeugung iſt, die ein redlicher Mann halten muß, weil ſie ſeine Ueberzeugung iſt. Dennoch wurde dieſe in der Natur der Sache enthaltene Unterordnung der Magiſtrate unter ihr edictum perpetuum durch eine lex Cornelia ausdrücklich eingeſchärft *).

§ 11.

3. Jurisprudenz.

Urſprünglichen, wahrhaft volksthümlichen Zuſtänden iſt es eigen, daß jeder Bürger unmittelbar durch Gewohnheit und Erziehung über die einfachen, allgemeinen Zuſtände diejenige Kunde beſitzt, welche nothwendig iſt, um an der Entſcheidung derſelben thätigen Antheil zu nehmen. Dieſe unmittelbare Kunde erſtreckt

---

*) **Ascon. ad Cic. pro C. Cornel. „Aliam deinde legem Cornelius, etsi nemo repugnare ausus est, multis tamen invitis, tulit, ut Praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.“**

ſich nicht bloß über die politiſchen, äußern und innern Staatsangelegenheiten, ſondern gleicherweiſe auf die privatrechtlichen Verhältniſſe. Letzteres ganz beſonders im ältern Rom, wo die Erzeugung des Privatrechts kein anderes Organ als die unmittelbare Gewohnheit und das Belieben der einzelnen Bürger ſelbſt als ſolcher hatte.

Aber es tritt auch da, wo ächtes Volkswesen, Republik, in der größten Aufrichtigkeit und Reinheit die urſprüngliche Staatsgeſtalt war, unvermeidlich ein Zeitpunkt ein, wo die flüſſige Gewohnheit ſich beſtimmt geſtaltet durch Geſetze, welche Zweifel entſcheiden und alſo Zweifel erzeugen. Auch die einſt einfache und allgemeine Gewohnheit ſelbſt variirt und particulariſirt ſich unmittelbar, und fixirt ſich, wird poſitiv in dieſer Mannigfaltigkeit und Unterſchiedenheit. Dieſes Weſen der Dinge macht ſich auch im Gebiete des Privatrechts geltend; denn für gerichtliche Verhandlungen wie für auſſergerichtliche Geſchäfte fixiren ſich beſtimmte Normen, welche, nachdem ſie erprobt und gebilligt ſind, auch von Rechtswegen gefordert werden, jedoch aber, als durch die Vermittlung der Uebung beſtimmte, durch das Gefühl des ungeübten Einzelnen nicht unmittelbar reproducirt werden können, ſondern erlernt werden müſſen. Es machen ſich alſo auch im Bereiche des privatrechtlichen Verkehrs die Unterſchiede von mehr und minder leichter, ſicherer und zweckmäßiger Verfahrungsweiſe, und von größerer und geringerer Kunde einer ſolchen geltend.

In Rom thut ſich dieſer Wendepunct der Beſonderung und Unterſcheidung, in welchem auch das edictum perpetuum ſeine Wurzel hat, merklich im 5. Jahrhundert kund.

Wenn nun die tiefere Kunde von den Angelegenheiten des öffentlichen und des Privatrechts zum großen Theil Folge angeſehener Stellung war, ſo war ſie nicht minder Bedingung derſelben. Bis Ende des 4. und zum Anfang des 5. Jahrhunderts, bis wo nur Patricier die Anwartſchaft auf die Prätur und die andern Magiſtraturen hatten, waren ſie allerdings beſonders darauf angewieſen, unter anderen Kenntniſſen der öffentlichen Verhältniſſe auch durch die des Rechts und der Rechtspflege ſich dem Volk bekannt und gefällig, und einer intendirten magiſtratiſchen

Stellung gewachſen zu machen. Aber auch Plebejer, die als Tribunen oder überhaupt als Häupter ihrer Partei dieſe führen und fördern wollten, konnten einer mehr als gemeinen Kenntniß dieſer Dinge nicht entbehren. Da die Erfahrung und unmittelbare Beobachtung die einzige Schule damaliger und ſolcher Zeit war, ſo konnte ihre Benutzung Niemandem, auch nicht dem gemeinſten Volke vorenthalten werden, mußte aber weit ergiebiger werden für die, welche in der Behauptung oder in dem Erſtreben höherer Stellung mehr Gelegenheit und Beruf zu einem tieferen und weiteren Blick hatten. Im Ganzen mußten nothwendig bis zum Anfange des 5. Jahrhunderts die Patricier in aller Kunde des Oeffentlichen durch wirkliche Function in den öffentlichen Aemtern, oder durch Erziehung für dieſelben vor den Plebejern, die Vornehmeren beider Stände vor den Geringeren den Vorzug haben. Und ſie waren es bis zu dieſer Zeit vorzugsweiſe, bei denen man auch in Privatrechtsangelegenheiten, ſei es zur Abſchließung ſonſt eines Geſchäfts, oder zur Führung eines Rechtsſtreits mündlichen, beſondern Rath einholte.

Zuerſt verfiel um die Mitte des 5. Jahrhunderts ein gewiſſer Cn. Flavius darauf, unter Anderem auch Manches in dieſer Beziehung für Jedermann Wiſſenswürdige und Faßliche ſchriftlich zu publiciren *). Sein Buch enthielt, einem heutigen Volkskalender

---

*) L. 2. § 6. 7. D. de orig. jur. (I, 2). „Deinde ex his legibus (XII tab.) eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent; quas actiones ne populus, prout vellet, institueret, certas solemnesque esse voluerunt; et appellatur haec pars juris legis actiones, id est, legitimae actiones. Et ita eodem paene tempore tria haec jura nata sunt: leges duodecim tabularum; ex his fluere coepit jus civile; ex iisdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia, et actiones apud collegium Pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis; et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. Postea, quum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Cnejus Flavius, scriba ejus, libertini filius, surreptum librum populo tradidit; et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator, et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile

ähnlich, wahrſcheinlich ein rechtes Allerlei. 1) In Beziehung auf das Recht gab er legis actiones, d. i. leges et actiones. Die leges waren Formulare, vorſichtige Wortfaſſungen für Geſchäfte aller Art; die actiones Anweiſungen, wie Einer im Gerichte klagend oder ſich vertheidigend ſeine Worte vorſichtig zu ſetzen habe. Dieſe ganze Anleitung muß rein caſuiſtiſch vorgeſtellt werden, z. B. wenn Du ein Grundſtück kaufen willſt, mußt Du ſo: „—", wenn Du ein Teſtament machen willſt, mußt Du ſo: „—" ſagen (legare, nuncupare). Wenn Du Deine Erbſchaft anſprechen, wenn Du wegen eines geſtohlenen Baumes klagen willſt, ſo mußt Du ſo: „—" verfahren *). 2) Werden noch als Inhalt des Fla-

---

Flavianum, sicut ille jus civile Papirianum; nam nec Cnejus Flavius de suo quidquam adjecit libro. Augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit, et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum." Liv. IX, 46. Gell. N. A. VI, 9. Cic. p. Murena. c. 11.

*) Varro de re rust. II, 2—9. „In emitionibus jure utimur eo, quod lex praescripsit; in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt, . . . de reliquo antiqua fere formula utuntur, cum emtor dicit: tanti sunt mi emtae? et ille respondet: sunt; et expromittit nummos. Emtor stipulatur prisca formula sic: illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est, extra luscam, surdam, minam i. e. ventre glabro neque de pecore morboso esse, habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne? Cum id factum est, tamen grex dominium non mutavit, nisi est adnumeratum. Nec non emtor potest ex emto vendito illum damnare, si non tradat, quamvis non solverit nummos, ut ille emtorem simili judicio, si non reddat pretium." — C. 3. eod. „De emtione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit; nunquam enim sine febre sunt. Itaque stipulantur paucis adjectis verbis, ac Mamilius scriptum reliquit, sic: illas capras hodie recte esse et bibere posse, habereque recte licere, haec spondesne?" C. 4. eod. „Illasce sues sanas esse, habereque recte licere, noxisque praestare, neque de pecore morboso esse, spondesne? Quidam adjiciunt: perfunctas esse a febri et a foria?" C. 5. eod. „Eos cum emimus domitos, stipulamur, sic: illosce boves sanos esse noxisque praestari? cum emimus indomitos, sic: illosce juvencos sanos recte deque pecore sano esse, noxisque prae-

vianiſchen Werks die dies fasti und feriati erwähnt. Das ſind die Grundzüge des eigentlichen Kalenders, namentlich Bemerkung der Gerichts- und Feſttage. Auch von dieſen kann nicht angenommen werden, daß ſie bisher abſichtlich geheim gehalten worden wären; aber in der That waren ſie ohne dieſe Publication dem gemeinen Mann nicht bekannt, welcher bei dem ſehr verworrenen Zuſtand des Römiſchen Kalenders durch eigne Berechnung dieſelben noch weniger hätte finden können, als heutiges Tages ein der Aſtronomie Unkundiger.

Wenn nun dieſes Buch für eine Zeit lang ſeine Dienſte that, ſo fand doch um die Mitte des 6. Jahrhunderts Sextus Aelius Catus ſchon Veranlaſſung, einen Schritt weiter zu thun. Sein Werk, jus Aelianum, Tripertita, beſtand aus drei Theilen. Der erſte Theil enthielt die XII Tafeln. Darunter iſt ſchwerlich der vollſtändige Text des Geſetzes, ſondern wahrſcheinlich eine Art Blumenleſe des Wiſſenswürdigſten zu denken, namentlich aus dem Gebiete des Civil-Rechts und Proceſſes. Sicher ſtammt aus dieſer Zeit die Sitte der Erziehung, dieſe Fragmente auswendig zu lernen, welche damals noch einigen Nutzen gewähren konnte, und von der man auch ſchon zu Ciceros Zeit abließ. Indeſſen auch ſchon im Zeitalter des Sextus Aelius war ein großer Theil des Zwölftafelgeſetzes nicht mehr practiſch, das meiſte Practiſche nicht in den XII Tafeln enthalten, und die Sprache des Geſetzes ſchon zum großen Theil nicht mehr allgemein verſtändlich; denn grade das Ende des 5. und der Anfang des 6. Jahrh. iſt

stari, spondesne? Paulo verbosius haec, qui Mamilii actiones sequuntur. Lanii, qui ad cultrum bovem emunt, et qui ad altaria, hostiae sanitatem non solent stipulari.“ C. 6. eod. „In mercando item ut ceterae pecudes emtionibus et traditionibus dominium mutant, et de sanitate et noxa solet caveri.“ C. 7 eod. „Emtio equina similis fere, ac boum et asinorum, quod eisdem rebus in emtione dominium mutant, ut in Mamilii actionibus sunt perscripta.“ C. 8 eod. „Quos emimus item, ut equos, stipulamurque in emendo ac facimus in accipiendo idem, quod dictum est in equis.“ C. 9 eod. „Fit alterius, cum a priore domino secundo traditum est. De sanitate et noxa stipulationes sunt eaedem, quae in pecore, nisi quod hic utiliter exceptum est.“

die Zeit, während welcher in der Verfaſſung, im Civilrecht und in der Cultur überhaupt die allergrößten, aber im Einzelnen unmerklichen Veränderungen vorgingen, während welcher auch im Gebiete des Civilrechts unter Leitung und Anleitung des beginnenden e'ictum perpetuum die weſentlichſten Entwickelungen und Modificationen der alten Principien ſich geltend machten. Wie ſehr das Recht ſchon zu einer Maſſe herangewachſen war, welche nicht von ſelbſt ohne abſichtlichen Fleiß von Jedem inne gehabt wurde, ſpricht ſich darin aus, daß ſchon am Ende des 5. Jahrhunderts ein Rechtsunterricht von Tiberius Coruncanius begonnen wurde *)

Eine ſehr nützliche Zugabe des erſten Theils des jus Aelianum war unter dieſen Verhältniſſen der zweite Theil deſſelben, eine Interpretation ſeiner Zwölftafelgeſetze, eine grammatiſch-juriſtiſche Interpretation der einzelnen Wörter und Sätze. Durch dieſen zweiten Theil ſeines Werks muß Sextus Aelius, falls nicht die Ueberlieferung ältere Verdienſte verſchwiegen hat, als der Gründer einer Litteratur der juriſtiſchen Interpretation und der Jurisprudenz als einer eigenen Disciplin betrachtet werden. Denn ſeine Interpretation war ohne Zweifel ſchon mehr für das Bedürfniß derer berechnet, welche eine juriſtiſche Bildung um dieſer ſelbſt wegen oder für die juriſtiſche Praxis überhaupt, nicht aber bloß für den beſtimmten gegenwärtigen Fall, ſuchten.

An dieſe beiden Abſchnitte ſchloſſen ſich als dritter Theil legis actiones, Formulare, ganz in der Art der Flavianiſchen,

*) L. 2 § 38 de Orig. Jur. (I, 2). „Post hos fuit Tiberius Coruncanius, ut dixi, qui primus profiteri coepit; cujus tamen scriptum nullum extat, sed responsa complura et memorabilia ejus fuerunt. Deinde Sextus Aelius et frater ejus, Publius Aelius, et Publius Atilius maximam scientiam in profitendo habuerunt, ut duo Aelii etiam Consules fuerint. Atilius autem primus a populo Sapiens appellatus est. Sextum Aelium etiam Ennius laudavit, et extat illius liber, qui inscribitur Tripertita; qui liber veluti cunabula juris continet. Tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita jungitur interpretatio, dein subtexitur legis actio."

welche nach dem Verlaufe eines Jahrhunderts ſchon zum großen Theil mangelhaft oder antiquirt daſtehen mußten.

Nach Sextus Aelius begann ſehr ſchnell eine juriſtiſche Litteratur zu wachſen, im Weſentlichen noch in der von Cnejus Flavius und Sextus Aelius begonnenen Weiſe, an denſelben Gegenſtänden und mit denſelben Tendenzen. Es wurde zum Theil für Juriſten, zum Theil noch für das Volk geſchrieben, aber doch ſo, daß die eigentliche juriſtiſche Litteratur immer mehr die Oberhand gewann, die populäre mehr zurücktrat. Denn es ward der Natur der Sache nach immer mehr unmöglich, das Volk auf der Höhe der ſich ſteigernden, die Maſſe im Mittelpunct der ſich concentrirenden Richtungen des Wiſſens zu erhalten. Eine populäre caſuiſtiſche Belehrung konnte nicht mehr gegeben werden, wo Alles ſchon von künſtlichen Principien beherrſcht wird, welche in keinerlei Weiſe der gemeinen Vorſtellung zugänglich gemacht werden können.

Die eigentlich juriſtiſche Litteratur beſchäftigte ſich noch vorzugsweiſe mit der Interpretation einzelner leges; bis in das 7. Jahrhundert überhaupt nur mit dem Civilrecht. Denn obgleich das edictum annuum der beiden Prätoren inmitten des 7. Jahrhunderts weit über ein Jahrhundert beſtanden hatte, hatte doch die Interpretation der Juriſten noch keine beſondere Veranlaſſung gefunden, ſich demſelben zuzuwenden, weil es eben der Jurisprudenz coordinirt, ſelbſt eine Interpretation des Civilrechts war, theils als unmittelbares Organ der Rechtsſitte auch unmittelbar verſtändlich war. Indeſſen ſchon am Ende des 7. Jahrhunderts war die Maſſe des Edicts ſehr herangewachſen, einzelne Theile des edictum tralatitium durch ihr Alter vielleicht ſchon unverſtändlich; aber auch der gegenwärtige Buchſtabe war für das juriſtiſch gebildete Auge ſo karg und mangelhaft gegen den darin verſchloſſenen auf die Erfahrung von Jahrhunderten gegründeten, und zu künftigen Jahrhunderten redenden Geiſt, daß darin hinlängliche Beweggründe waren, auch eine I n t e r p r e t a t i o n des E d i c t s zu beginnen, welches, wenn auch urſprünglich ſelbſt nur eine Interpretation, doch durch ſeinen authentiſchen Character, durch Verwiſchung ſeines entlegenen Ausgangspuncts aus dem Civilrecht, und durch ſeine deshalb ſcheinbar ganz andern und

vom Civilrecht abweichenden Aufſtellungen in der gemeinen Vorſtellung immer mehr die Bedeutung einer neuen neben dem Civilrecht beſtehenden Rechtsquelle annahm.

Unter den nach Sextus Aelius bis zum Anfang des 8. Jahrhunderts berühmten Juriſten ſind die genannteſten: P. Mucius Scaevola, M. Junius Brutus und Manius Manilius, welche zuerſt unabhängig von einzelnen Geſetzen und Rechtsquellen in umfaſſenden libri juris civilis der Rechtswiſſenſchaft ein ſelbſtſtändiges Daſein gaben, als Gründer des Syſtems und der Rechtswiſſenſchaft, als einer ſelbſtſtändigen Quelle des Rechts zu betrachten ſind *). Manilius jedoch ſchrieb auſſerdem noch leges in der Art des Flavius und Sextus Aelius **). Noch berühmter als die genannten vielleicht waren zu ihrer Zeit die beiden Q. Mucius Scaevola, der ältere, um die Mitte des 7. Jahrhunderts, im hohen Alter noch Lehrer Ciceros, und vor allen andern der jüngere Q. Mucius Scaevola, der Pontifex, Sohn des genannten älteſten P. Mucius Scaevola, Pontifex. Andere vielgenannte Zeitgenoſſen Ciceros ſind: Aquilius Gallus, Alfenus Varus, Trebatius Teſta, und beſonders berühmt Servius Sulpicius Rufus und A. Ofilius, welche zuerſt die Interpretation und Bearbeitung des Edicts anfingen ***).

---

*) L. 2. § 39. D. de Orig. Jur. (I, 2). „Post hos fuerunt Publius Mucius, et Brutus, et Manilius, qui fundaverunt jus civile. Ex his Publius Mucius etiam decem libellos reliquit, Brutus septem, Manilius tres; et extant volumina scripta, Manilii monumenta. Illi duo consulares fuerunt, Brutus praetorius, Publius autem Mucius etiam Pontifex maximus."

**) Varro de re rustica II, 2. ff. cit.

***) L. 2. § 41, 42. D. de Orig. Jur. (I, 2.) „Post hos Quintus Mucius, Publii filius, Pontifex maximus, jus civile primus constituit, generatim in libros decem et octo redigendo. — Mucii auditores fuerunt complures, sed praecipuae auctoritatis Aquilius Gallus, Balbus Lucilius, Sextus Papirius, Cajus Juventius; ex quibus Gallum maximae auctoritatis apud populum fuisse Servius dicit." § 44 eod. (I, 2). „Ex his auditoribus plurimum auctoritatis habuit Alfenus Varus et Aulus Ofilius; ex quibus Varus et consul fuit, Ofilius in equestri ordine perseveravit. Is fuit Caesari familiarissimus, et libros

§ 12.

4. Senatusconſulte.

Obgleich der Senat während der letzten Jahrhunderte der Republik für mancherlei Gegenſtände des öffentlichen Rechts ſo gut wie das Volk eine unabhängig conſtituirende Gewalt theils rechtlich zugeſtanden, theils factiſch unbeſtritten ausübte, ſo fand er doch noch wenig Veranlaſſung und Gelegenheit, eine weitere Ausdehnung dieſer Gewalt auch auf Gegenſtände des Privatrechts geltend zu machen, wiewohl einzelne Beiſpiele wenigſtens darthun, daß ihm eine Auctorität dazu, ähnlich der des Edicts, durch die öffentliche Meinung allerdings zuerkannt wurde *). Denn eine senatus auctoritas war doch immer das Gutachten einer zahlreichen Elite der Bürger, da der Senat aus einer Anzahl von 600 bis 1000 Mitgliedern beſtand, welche, wenn auch unter ariſtocratiſchem und timocratiſchem Präjudiz, doch entſchieden mit Rückſicht auf perſönliche Würde von den Cenſoren gewählt wurden.

Von Auguſtus bis Conſtantin.

§ 13.

Mit der Ausdehnung eines Staats an Gebiet und Volkszahl, mit der vermehrten Mannigfaltigkeit ſeiner Elemente und der dadurch wieder beförderten Energie innerer und äußerer geſchichtlicher Bewegung, erweitert und vervielfältigt ſich auch die Aufgabe der Legislation, und der Regierung überhaupt. In demſelben Maaße

---

de jure civili plurimos, et qui omnem partem operis fundarent, reliquit; nam de legibus Vicesimae primus conscribit, de jurisdictione; idem Edictum Praetoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit."

*) L. 2. § 9 D. de Orig. Jur. (I, 2). „Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad Senatum deduxit. Ita coepit Senatus se interponere, et quidquid constituisset, observabatur; idque jus appellabatur senatusconsultum."

aber verliert eine unmittelbare Volksgeſetzgebung an Fähigkeit für dieſe Aufgabe; denn abgeſehen von der geſteigerten objectiven Schwierigkeit der Sache ſelbſt, ſo wird ſubjectiv ſchon die Volksgewalt in ſich immer ohnmächtiger, indem ſie durch ihre Maſſe und Varietät die erforderliche Beweglichkeit, und die nothwendige Allgemeinheit der Kunde und des Intereſſe verliert. Alſo auch das urſprünglich freieſte Volk muß unter ſolchen Verhältniſſen auf einen Punct kommen, wo es ſich nicht mehr unmittelbar ſelbſt regieren kann, wo ſich für die politiſchen und juriſtiſchen Bedürfniſſe, wie für alle andern in einem Staatsganzen erforderlichen Thätigkeiten, die Vermittlung einer engern concentriſchen Organiſation bilden muß, ſo nothwendig wie es iſt, daß ein Staat von unmittelbarer Freiheit ausgehe, und ſich das Volk ſo lange, als es dazu fähig iſt, ſelbſt regiere und frei ausſpreche in Wort und That. Jene Zeit war für Rom längſt vorhanden, als es endlich durch das beſtändige Imperium eines Einzigen der Intrigue und Gewalt der Parteihäupter, denen es preisgegeben war, entriſſen wurde *).

Der alte Gegenſatz des Volkes in den natürlichen genera der patres und plebes war keine Spaltung, ſondern die natürliche Gliederung des Volks, welches ſich aus der Bevormundung einer bloß natürlichen, patriarchaliſchen Monarchie und Altersariſtocratie zur vernünftigen Freiheit und Monarchie auszubilden hatte. Dieſem noch unentwickelten Volksleben war die Einheit des unbeſtimmten imperium gefährlich, und die befangene Beſtimmtheit und Einigkeit der Volksparteien ein Schirm gegen die Nachtheile der Zerſtückelung des imperium. Seitdem aber mit der lex Hortensia der alte Gegenſatz ausgekämpft war, neue ſchwankende und willkührliche Unterſchiede der Stände, des Reichthums, der Bildung, Nationalität, Sitte und Sittenloſigkeit das Volk aus einem gegliederten Körper zu einer planlos gährenden, in ſich halt- und gehaltloſen Maſſe gemacht hatten, deren ſich die Parteihäupter willkührlich für individuelle Zwecke oder für Parteiintereſſen als Mittel bedienten, da war eine Conſolidirung

---

*) Tacit. Ann. I, c. 2.

des imperium ſo nothwendig, wie es einſt die Theilung geweſen war.

Dieſe Vereinigung mehrerer imperia, welche ſeit Octavians Alleinherrſchaft ſich befeſtigte, war alſo keine weſentlichere Umgeſtaltung der Verfaſſung, als die, welche die Einführung des Conſulats enthielt. Das Imperium hat hier der Volksgewalt nicht anders gethan, als dort die Volksgewalt dem Imperium. Auch nach Auguſtus blieb noch ein Jahrhundert lang die urſprüngliche Dreiheit der Staatsgewalt; nicht bloß die Volksgewalt blieb, ſo lange ſie in ſich ſelbſt ihr Leben zu friſten vermochte, nicht bloß die Senatsgewalt beſtand noch in der alten Weiſe fort, ſelbſt die republicaniſchen imperia wurden noch erhalten, aber es war unter ihnen ein höheres, ein summum imperium des Kaiſers. Dieſer vereinigte gleichzeitig in ſich alle diejenigen höheren Magiſtratsgewalten, welche einen politiſchen Einfluß gewährten, namentlich das proconſulariſche Imperium, die praefectura morum oder die Cenſur, den Tribunat und den Pontificat*). Dadurch hatte er nicht bloß die actio cum populo et senatu, ſondern auch die Interceſſion gegen alle Acte der Magiſtrate, das veto in allen öffentlichen Acten, und endlich ein ſelbſtſtändiges jus edicendi, welches im Maaße ſeiner größern Extenſion auch intenſiv an Gewicht und Nachdruck die alten einzeln ſtehenden Magiſtraturen überragen mußte, ſo daß dieſe bald aus wirklichen ſelbſtſtändigen Magiſtraturen in untergeordnete Aemter oder leere Titel verwandelt wurden. Die erſten Uſurpatoren wählten verſchiedene Rechtstitel, um die dem Inhalt und Range nach neue, den republicaniſchen Grundgeſetzen widerſtreitende, aber von den gegenwärtigen Verhältniſſen gebotene Gewalt zu rechtfertigen; aber welchen Titel man auch wählen mochte, den eines dictator perpetuus oder Häufung mehrerer einzelner Magiſtraturen aufeinander, ſei es vermöge einer Lex publica oder vermöge eines Senatusconſults, die neue Sache konnte durch keine alte Form gerechtfertigt oder auch nur verdeckt werden**).

---

*) Dio Cass. LII. c. 40. 41. LIII. c. 13. 16. 17. 19. 32.

**) Const. Deo auctore § 7. „Lege antiqua, quae regia

Wie nun von der Einführung des Conſulats an die Theilung des imperium durch Bildung neuer imperia immer weiter ging, ſo macht ſich von jetzt an die Conſolidation wieder geltend. Wie vom Conſulat an die Herrſchaft des Volks an Freiheit wachſend zum höchſten Gipfel ſteigt, ſo nähert ſie ſich von Auguſtus an noch ſchneller ihrem Untergange. Wie einſt ſeit der Selbſtſtändigkeit des Volks auch die des Senats zu blühen begann, ſo ſinkt jetzt mit dem Schwinden der Volksfreiheit auch der Senat zu einer vom Kaiſer abhängigen ihm dienenden Behörde herab. Wenn der Staat ſich vom Conſulat an res publica, von der lex Hortensia an häufiger Senatus populusque Romanus nennt, ſo heißt es nach Auguſtus bald Princeps et res publica, bald imperium Romanum, und endlich Imperator, Caesar.

§ 14.

1. Leges.

Wiewohl alſo die geſetzgebende Gewalt des Volkes weder von Auguſtus, noch von deſſen Nachfolgern ausdrücklich aufgehoben wurde, denn Tiberius nahm dem Volke nur die Wahlen, welche er dem Senat übertrug *), ſo wurden doch factiſch die Volksgeſetze, die eigentlichen leges, aus den oben angedeuteten Gründen, ſchon bevor ſie unter Kaiſer Hadrian völlig verſchwanden, immer ſeltener, und waren, wo ſie noch vorkamen, eine bloße Form, durch welche dem Volk geſchmeichelt werden ſollte. Denn wenn auch die Gebildetſten eines Volkes das Volk wären, wenn dieſe ſich auch verſammeln möchten und verſammeln ließen, ſo waren doch in dieſer Periode der Entwickelung des Rechts, das längſt durch ſeine eigne Maſſe und Schwierigkeit und die durch dieſe geforderte techniſche Form ſeine Popularität eingebüßt hatte, beiweitem die meiſten legislativen Fragen der Art, daß auch den Gebildeten des Volks keine Meinung und folglich keine Entſcheidung in denſelben zuſtehen konnte.

---

nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem."

*) Tacit. Ann. I, 15. „Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt. nam ad eam diem, etsi potissima arbitrio principis, quaedam tamen studiis tribuum fiebant."

§ 15.

2. Senatusconsulta.

Nach der factiſchen Auflöſung der Volksverſammlung und dem darin enthaltenen Aufhören der eigentlichen leges, nehmen die Senatsconſulte den Platz und häufig den Namen der leges ein. Die Senatsconſulte kamen noch immer auf Antrag der Magiſtrate, welche im Auftrag *) des Kaiſers, oder wohl auf eigenen Antrieb handelten, oder durch den Antrag der Kaiſer ſelbſt zu Stande, und hatten auch über Gegenſtände des Privatrechts, wie über alles Andere vollkommen verbindende Kraft, wie ein Geſetz, legis vicem, anfangs freilich nur thatſächlich; aber die Thatſache erhielt bald durch die wachſende Auctorität der Kaiſer und häufige Uebung unterſtützt die Legitimität und die allgemeine Anerkennung, welche anfangs vielleicht die Doctrin nicht zu rechtfertigen verſtand, welche aber durch die Praxis gewiß niemals in Zweifel gezogen wurde **). Dennoch blieb in der Regel der alte Stil der Senatsconſulte ***), als wenn ſich der Senat noch immer bloß als suasor betrachtete, senatus censuit, arbitratus est, placuit Senatui; (anders von jeher der Stil der senatus decreta in Sachen, wo der Senat ſelbſtſtändig entſcheidet, und auch in befehlender Form ſpricht.) Obgleich die Kaiſer durch die cenſoriſche Gewalt das Recht hatten, den Senat durch ihre Wahl zu bilden, und natürlich bald den erzielten Erfolg der völligen Abhängigkeit des Senats von ihrem Willen erreichten, ſo kann doch keineswegs behauptet werden, daß dies direct nachtheilige Folgen für das Privatrecht gehabt hätte, ſondern beiweitem die meiſten Senatsconſulte über Privatverhältniſſe enthalten ſehr zeitgemäße und wohlüberlegte Verfügungen.

---

*) L. 19. § 6. D. de heredit. pet. (5, 3).

**) L. 9. D. de leg. (I, 3). „Non ambigitur, Senatum jus facere posse.“ Gaj. I, 4. „Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit. idque legis vicem optinet, quamvis fuit quaesitum.“

***) L. 19. § 6. D. de heredit. pet. (5, 3). L. 1. § 2. D. ad Sc. Trebell. (36, 1). L. 1. pr. de Sc. Maced. (14, 6). L. 2. § 1 D. ad Sc. Vellej. (16, 1).

§ 16.

3. Constitutiones principum.

In der aus republicaniſchen Magiſtraturen gebildeten kaiſerlichen Gewalt war von ſelbſt das umfaſſendſte jus edicendi enthalten. Daſſelbe wurde jedoch anfangs ſehr vorſichtig in der Regel nur benutzt, um das beſtehende Recht auf Vorfrage zu bekräftigen und zu interpretiren. Wo es galt, etwas rein Neues einzuführen, oder ältere leges oder Scta gradezu zu derogiren, wählten die Kaiſer des erſten Jahrhunderts gewöhnlicher den Weg der Lex oder wenigſtens des Sctum, als den einer eigenmächtigen Verordnung, bis dieſe im zweiten Jahrhundert ſchon häufiger werden. Endlich die Stellung der Kaiſer im dritten Jahrhundert, welches längſt keine Volksverſammlungen mehr geſehen hatte, und längſt gewohnt war, im Senat einen bloßen Rath des Kaiſers, und in den Magiſtraten Beamte zu ſehen, welche auf des Kaiſers Befehl da waren und handelten, erlaubte ihnen, mit der innern Wahrheit der Sache offen hervorzutreten, und ihren Willen nach allen Seiten durch einſeitige, unmittelbare Verordnungen zu erlaſſen.

Was den Rechtstitel der kaiſerlichen Conſtitutionen betrifft, ſo iſt es bei der klugen Vorſicht, mit welcher ſie denſelben allmählig Eingang verſchafften, ſehr begreiflich, daß ſie nicht bloß factiſch niemals auf erhebliche Widerſetzlichkeit ſtießen, ſondern daß auch ſelbſt theoretiſch ihre höchſte Auctorität niemals beſtritten ſein ſoll. Aber nicht befriedigend iſt die poſitive Rechtfertigung ihrer Geſetzeskraft dadurch, daß die Kaiſer durch eine lex populi ihr Imperium erhielten *). Denn auch die alten Magiſtrate erhielten ihr Imperium durch eine Lex, ohne daß ihre Edicte deshalb legis vicem gehabt hätten. Es frägt ſich nicht, wer hier gab, ſondern was gegeben wurde vom Volke. Die Auctorität des kaiſerlichen Imperium an und für ſich iſt es, auf die es

---

*) Gaj. I, 5. „**Constitutio Principis est, quod Imperator decreto vel edicto, vel epistola constituit. nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse Imperator per legem imperium accipiat.**“

ankommt. Wenn daſſelbe den höhern Rang vor den Edicten der Magiſtrate und den gleichen, wie die leges, hatte, ſo hat es den, wie die Scta, allein durch eine ſtillſchweigende Zuſtimmung der Gewohnheit erhalten.

§ 17.

4. Edictum perpetuum.

Je weniger die Magiſtratur der Civiljurisdiction für die Kaiſer ein Gegenſtand des Begehrs und des Argwohns werden konnte, um deſto weniger erfuhr ſie auch durch das kaiſerliche Imperium directe Einſchränkungen und Veränderungen, ſondern blieb vielmehr wie unter den vorhergehenden Uſurpatoren, ſo unter Auguſtus und deſſen Nachfolgern von Außen ungeſtört in ihrer unpolitiſchen friedlichen Wirkſamkeit, die jedoch bald ſchon in ſich ſelbſt zu verſiegen begann.

Denn wie die das Recht ausbildende und geſtaltende Thätigkeit des Edicts hervorgerufen und gefördert war durch den Mangel an Schrift und ausdrücklicher Sanction des Rechts, durch die Unfähigkeit der Volksgeſetzgebung mit dem Zeitbedürfniß in dieſer Rückſicht Schritt zu halten, wie das Edict am aller ergiebigſten war am Ende der Republik, wo die Volksgeſetzgebung, dies einzige legitime Organ der Rechtsſanction am allerwenigſten ihrer Aufgabe nachkommen konnte, ſo nimmt ſeine Ergiebigkeit in der Kaiſerzeit aus den entgegengeſetzten Gründen eben ſo ab. Jedoch nicht bloß, weil an und für ſich das Edict ſelbſt im Verlaufe einiger Jahrhunderte ſo viel geſchrieben hatte, nicht bloß weil ferner von der erſten Kaiſerzeit an die Kaiſer eben durch Scta und bald durch Conſtitutionen ſich mit beſonderm Fleiße der Legislation annahmen, nicht bloß weil ſchon die juriſtiſche Litteratur die ganze Maſſe des Rechts umfaßte; ſondern abgeſehen von dieſen ſo weit noch rein quantitativen Verhältniſſen, vor allem Anderen muß für das Verſtändniß der Erſcheinung der jeweilige Entwicklungszuſtand des Rechts und der dadurch bedingten Weiterbildung deſſelben in den verſchiedenen Jahrhunderten erwogen werden.

Die Prätur war einmal ein weſentlich republicaniſches Inſtitut, welches den republicaniſchen Sinn der Bürger, denen edi-

cirt ward, den beſondern Zuſtand des Rechtes, in welchem edicirt ward, und die faſt eigenthümlich Römiſche magiſtratiſche Auctorität des Edicirenden vorausſetzt.

Das Edict, welches öffentlich ausſteht, redet unmittelbar zum Volke, und fordert den erfüllten und offnen Sinn des Volks; es iſt die viva vox juris civilis; aber die lebendige Stimme des Rechts kann nur aus einem noch lebendigen, d. i. im Volke unmittelbar lebenden Rechte kommen.

Das lebendige Wort wird geſprochen in Folge unmittelbaren Eindrucks und unmittelbarer Wahrnehmung, nicht in Folge gelehrter Unterſuchung. Das fordert eine klare Einfachheit und Schärfe der Geſtalt des Rechts, die durch bloß unmittelbare Beobachtung ein klares und ſicheres Bewußtſein verleiht, eine Weichheit und Friſche der Geſtalt, die noch gleichſam mit bloßer Hand ohne künſtliche Inſtrumente weiter zu formen iſt.

Der edicirende Prätor muß, wie der notirende Cenſor, die weſentlich republicaniſch magiſtratiſche Auctorität und Souverainität ohne beſtimmte Inſtruction, das Volk noch die dieſer entſprechende Pietät haben, die allein ſeiner Interpretation den Character der Authencität verleihen. Ein edicirender Prätor iſt im Zuſtande der Monarchie, wie ſie ſchon im zweiten Jahrhundert der Kaiſerzeit entwickelt iſt, ſo wenig denkbar als ein Cenſor. Dieſe ehemalige magiſtratiſche Auctorität und Unbeſchränktheit iſt durch die alleinige kaiſerliche Majeſtät zu einer beſtimmt beſchränkten Beamtenpflicht herabgeſetzt. Wie die Monarchie überhaupt die klare Sonderung aller Staatsthätigkeiten zu ſelbſtſtändigerem, aber abgeſchloſſenerem Daſein iſt, (denn gleich der politiſchen Thätigkeit wird auch die Kunſt, die Wiſſenſchaft, alles Andere Sondergut eines engern Kreiſes), ſo ſcheidet ſich auch beſtimmter die Jurisdiction, die Ausübung des Rechts von der Geſetzgebung, der Sanction des Rechts.

Die Geſetzgebung der Monarchie liegt allein den darauf beſtimmt inſtruirten Beamten ob. Die Geſetze der Monarchie reden zu Juriſten, ſie fordern, wie ſie nur aus juriſtiſchen und politiſchen Studien hervorgehen können, auch juriſtiſche Bildung zum Verſtändniß. So lange das Volk ſeine

Geſetze noch verſteht, giebt es dieſelben auch; verſteht es dieſelben nicht mehr, iſt es auch nicht mehr im Stande, ſie ſelbſt durch Volksverſammlungen auszuſprechen, oder ſeinen Magiſtraten zu dictiren. Die ausdrücklichen Verfügungen, deren es nun noch bedurfte, die zum Theil ganz neue ſelbſtſtändige Baſen hatten, die ſich an nichts Altes anknüpfen ließen, die erforderlichen directen Derogationen des Alten konnten nur von einer Auctorität ausgehen, die legis vicem hatte. Was aber die Weiterbildung aus dem Vorhandenen, die eigentliche Interpretation betrifft, welche längſt keine populäre mehr ſein konnte, ſo war das Edict darin ſchon im 2ten Jahrhundert durch die Jurisprudenz weit überflügelt, es war Statt das alleinige authentiſche Subject der Interpretation zu ſein, ein Object derſelben neben anderen, neben Leges, Scta, Constitutiones und Juriſtenſchriften geworden, ein ſolches, das durch ſein zum Theil großes Alter der Gegenwart oft fremder und unverſtändlicher war, als manche Theile der eigentlich legislativen neuern Rechtsquellen, der Scta und Conſtitutionen.

So war es eine zeitgemäße Anordnung des Kaiſers Hadrian, daß er das edictum perpetuum durch den Juriſten und Prätor Salvius Julianus redigiren, die Ordnung des Ganzen ſyſtematiſcher geſtalten, Veraltetes ausmärzen und auch Manches von dem als brauchbar Conſervirten vielleicht interpoliren ließ, und daß er den Prätoren bei der ſchon thatſächlichen Unmöglichkeit der Fortſetzung der Sache auf eine erſprießliche Weiſe das fernere Ediciren verbot, ſie auf die reine Jurisdiction inſtruirte*).

---

*) L. 2 § 18 C. de vetere jure enucleando (I, 17). „Sed quia divinae quidem res perfectissimae sunt, humani vero juris conditio semper in infinitum decurrit, et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit (multas etenim formas edere natura novas deproperat), non desperamus, quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata. Si quid igitur tale contigerit, augustum imploretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis Deus praeposuit, ut possit omnia, quae noviter contingunt, et emendare, et componere, et modis et regulis competentibus tradere. Et hoc non primum a nobis dictum est, sed

Er erlaubte und gebot ihnen eine vernünftige Interpretation des anzuwendenden Rechts in concreto, für den zur Normirung vorliegenden Fall, wie ſie jedem vernünftigen Richter obliegt; verbot ihnen aber eine in Legislation übergehende Interpretation des Rechts in abstracto, für künftige Fälle, wie ſie keinem bloßen Richter zukommt; und nichts Anderes ſollten und konnten die Prätoren nunmehr ſein. Denn wenn einſt freilich durch die Noth und zum Nutzen unentwickelter juriſtiſcher und politiſcher Zuſtände die Rechtsauslegung und Rechtsbildung mit der Rechtsausübung innig und äußerlich Eins waren, ſo wurde jetzt zum Frommen der entwickelten Verhältniſſe auch eine äußere Trennung dieſer nach ihrer Entwicklung innerlich und wirklich unterſchiedenen Dinge erfordert. Und indem der Kaiſer die eigent-

---

ab antiqua descendit prosapia, cum et ipse Julianus, legum et Edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc retulit, ut si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur, et non ipse solus, sed et Divus Hadrianus in compositione Edicti et Senatusconsulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in Edicto positum non inveniatur, hoc ad ejus regulas ejusque conjecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas." L. 3 § 18 eod. (I, 17). „Si vero postea aliquid novi controvertetur, quod non apparebit legibus his inscriptum, (multa enim novare novit natura, sed Imperium Deus propter hoc imposuit hominibus, ut emergentia et legis egentia lege definiat, et humanae naturae incertum repleat, et certis concludat legibus ac regulis) neque hoc nostrum nunc dicimus, sed jam omnium juris conditorum, qui olim claruerunt, prudentissimus Julianus hoc ipsum videtur dixisse, qui et ab imperiali auctoritate implorat fieri legum repletionem in emergentibus ambiguitatibus et quaestionibus; sed et Divus Hadrianus piae memoriae, quando ea, quae a praetoribus quotannis edicta fuerant, brevi complexus est libello, adsumpto ad id optimo Juliano, in oratione, quam in commune habuit in seniore Roma, hoc ipsum quoque ait, ut, si quid praeter id, quod jam ordinatum est, emerserit, conveniens est, eos, qui in magistratu sunt, illud conari decidere, et remedium imponere secundum eorum, quae jam ordinata sunt, consequentiam."

liche legislative Weiterbildung des Rechts für ſich und ſeine auf dieſe inſtruirten Beamten reſervirte, überwies oder ließ er die künſtliche wiſſenſchaftliche Ausbildung deſſelben aus ſich ſelbſt, durch jede Art der Interpretation, den rechtmäßigen Innehabern, den Juriſten und der Rechtswiſſenſchaft, welcher er auch durch äußere Auctoriſation den authentiſchen Character zu verleihen bemüht war, welchen zu tragen ſie jetzt würdiger war, als das Edict der Gegenwart.

§ 18.

5. Jurisprudenz.

Die Jurisprudenz, welche in Rom vielleicht früher, als irgendwo, litterariſches Daſein und Bedeutung gewann, erreichte in dieſer Periode den Umfang und den Einfluß auf die Bildung des Rechts, welcher entſchieden Rom ganz eigenthümlich iſt.

Die ſchon am Ende der Republik vorhandene innere Kraft der juriſtiſchen Litteratur, der vielfach noch unbearbeitet zur Verarbeitung vorliegende Stoff mußten allerdings dieſelbe vor einer gänzlichen Stockung ſchützen; dennoch zeigt das erſte Jahrhundert der Kaiſerzeit nicht dasjenige Leben der Jurisprudenz, wozu doch die Keime vorhanden waren. Der Grund dieſer verhältnißmäßig verminderten Thätigkeit iſt kein anderer, als der allgemeine Schrecken, welchen die Kaiſerregierung von Tiberius an verbreitete, der Druck, der auch auf der Geſchichtſchreibung, auf der ganzen Litteratur und auf jeder geiſtigen Regung laſtete, in einer Zeit, in der namentlich Alles, was altrepublikaniſchen Herkommens war, dem Argwohn und der Incrimination bloßgeſtellt war.

Um einige der bedeutendſten Juriſten dieſes Zeitraums namhaft zu machen, ſo ſind als die älteſten, unter August lebend, und zum Theil Zeitgenoſſen der am Ende der vorigen Periode genannten, zu erwähnen **Antistius Labeo** und **Atejus Capito**, welche als Stifter zweier Schulen genannt werden.

Als Schüler des Capito werden erwähnt: **Massurius Sabinus**, **C. Cassius Longinus**, **Caelius Sabinus**, **Javolenus Priscus**, **Aburnus Valens**, **Salvius Julianus**, und als ſolchen giebt ſich auch **Gajus** zu erkennen.

Schůler des Labeo ſind z. B.: die beiden M. Coccejus Nerva, Vater und Sohn, Licinius Proculus, zwei Publ. Juventius Celsus, Vater und Sohn, Proculus, Pegasus, Neratius Priscus. Den Namen aber haben die Schulen nicht nach ihren Stiftern, ſondern nach ſpäteren Vertretern erhalten. So bekam die Schule des Capito nach Massurius Sabinus den Namen der Sabinianer, nach Cassius Longinus den der Caſſianer. Die Schůler des Labeo hießen nach Licinius Proculus die Proculejaner.

Was die Bedeutung und den Grund dieſes Schulunterſchiedes betrifft, ſo iſt nicht daran zu denken, daß ein durchſtehendes wiſſenſchaftliches Prinzip und Methode bewußt oder auch nur unbewußt denſelben hervorgebracht håtte, troß dem, daß ſchon die Rômer ſelbſt aus dem perſönlichen Character der beiden Stifter dergleichen herzuleiten ſuchten. Ueberhaupt gewiß nicht irgend eine Verſchiedenheit rückſichtlich deſſen liegt hier zum Grunde, Was und Wie da gelehrt wurde; um nichts anders drehte ſich die Sache, als, wie auch der wechſelnde Name angiebt, von Wem gelernt wurde. Da das Recht nämlich beim Mangel öffentlicher Schulen privatim gelehrt wurde, ſo hatte man vorzugsweiſe Einen von den wenigen vorhandenen Lehrern, anfangs entweder den Labeo oder Capito, deren Unterricht zu ihrer Zeit den größten Ruf gehabt haben mag; ſpäter einen Schůler eines von beiden, oder einen Schůler ihrer Schüler, deſſen Unterricht gerade geſucht war. Die natürliche Folge davon war, daß die Entſcheidung einer Anzahl von Controverſen, welche der eine Lehrer ſo, der andere entgegengeſetzt entſchieden hatte, durch frühe Gewohnheit, wie es zu geſchehen pflegt, ſich unter den Schůlern von Generation zu Generation vererbten; aber doch nicht ſo, daß die Schůler nicht doch håufig in einzelnen Puncten die Anſicht ihrer Lehrer verlaſſen håtten. Schon von Hadrian an übrigens, wo der öffentliche Unterricht begann, und jeder Unterricht mehr auf der Grundlage einer reichen Litteratur verſchiedener Auctoren, als auf mündlicher Anweiſung eines Einzelnen beruhte, verſchwanden mit der Urſache des Unterſchiedes auch der Name und die zu keiner Zeit erheblichen Folgen deſſelben.

Das Jahrhundert von Hadrian bis Alexander Severus iſt es

recht eigentlich, in welchem die juriſtiſche Litteratur zu ihrer größ- ten Ausdehnung, Virtuoſität, Anſehn und Einfluß gelangte, und welches man jetzt das Zeitalter der claſſiſchen Juriſten nennt. Am Anfang des Zeitraums ſtehen unter Hadrian als die bedeu- tendſten Salvius Julianus, Sextus Pomponius, Gajus. Den Schluß deſſelben bilden die vor allen anderen von ihren Zeitge- noſſen und von der Nachwelt gefeierten Aemilius Papinianus, Domitius Ulpianus, Julius Paulus.

Schon Augustus hatte angefangen, einzelne Juriſten beſon- ders zum Reſpondiren zu ermächtigen, gewiß nicht bloß um durch eine Ehrenbezeugung ſich Einzelne zu verbinden oder ſich überhaupt populär zu machen, ſondern um die wirklich Würdige- ren vor andern kenntlich zu machen, und dieſen, ſeitdem einmal das factiſche Anſehn der Juriſten ſo groß, und die Beachtung ihrer Ausſprüche ſo allgemein wurde, die verdiente Geltung vor Andern zu verſchaffen. Durch dieſe kaiſerliche Auctorität aber bekamen die responsa doch gewiß nichts weiter als ein geſteiger- tes factiſches Anſehn, aber durchaus keine verbindliche Kraft für den Richter. Auch ſollte den nicht Auctoriſirten das Re- ſpondiren keineswegs verwehrt ſein, und konnten dieſe ja doch nur durch Proben jene Auszeichnung zu erwerben trachten. Aber die Sache ſcheint bald ausgeartet zu ſein; es ſcheint, daß es vorkam, daß dieſe Auctoriſation als bloßer Ehrentitel behandelt, als ſolcher erbeten und ertheilt wurde. Dieſem Mißbrauch zu be- gegnen ſcheint Hadrian es mit dieſem Beneficium ſtrenger ge- nommen zu haben, damit daſſelbe nur wirklich bewährten Män- nern ertheilt würde. Denn den viris praetoriis, die als ſolche ſchwerlich als große Juriſten erprobt waren, deſſenungeachtet die Conceſſion beim Kaiſer ſuchten, antwortete dieſer, daß das Re- ſpondiren nicht erbeten, ſondern gethan werde; ſie möchten ſich alſo nur anſchicken, ſich hören zu laſſen, und dann des Weiteren gewärtigen. Und in derſelben Abſicht, den reellen Ernſt der Sache zu feſtigen, handelte der Kaiſer, wenn er verordnete, daß, wo die auctoriſirten Juriſten in ihren Ausſprüchen übereinſtimm- ten, der Richter ihrer Meinung zu folgen verpflichtet ſei *).

---

*) L. 2. § 47. D. de orig. jur. (I, 2). „Post hunc maximae

Aber nicht dieſe und andere Aeußerlichkeiten verſchafften der Jurisprudenz ihr Anſehn und ihren Einfluß, ſondern allein die innere Vortrefflichkeit, von welcher auch jene kaiſerliche Anerkennung nur eine Folge iſt. Wollte man nach der Urſache dieſer

---

auctoritatis fuerunt Atejus Capito, qui Ofilium secutus est, et Antistius Labeo, qui omnes hos audivit; institutus est autem a Trebatio. Ex his Atejus consul fuit; Labeo noluit, quum offeretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, et honorem suscipere; sed plurimum studiis operam dedit, et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet, et conscribendis libris operam daret. Itaque reliquit quadringenta volumina, ex quibus plurima inter manus versantur. Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Atejus Capito in his, quae ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinae, qui et ceteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit. Et ita Atejo Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva; adhuc eas dissensiones auxerunt. Hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit, et publice primus respondit, posteaque hoc coepit beneficium dari a Tiberio Caesare; hoc tamen illi concessum erat. Et ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi jus non a Principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant, sed plerumque judicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus Divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent. Et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit; et ideo optimus Princeps Hadrianus, quum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi licerit respondere, rescripsit iis: hoc non peti, sed praestari solere; et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari, si populo ad respondendum se praepararet. Ergo Sabino concessum est a Tiberis Caesare, ut populo responderet; qui in equestri ordine jam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est; huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est. Huic successit Cajus Cassius Longinus, natus ex filia Tuberonis, quae fuit neptis Servii Sulpicii; et ideo proavum suum Servium Sulpicium appellat. Hic consul fuit cum

Vortrefflichkeit fragen, ſo könnte der letzte, innere Grund, von dem alle einzelnen Umſtände doch wieder nur Folgen ſind, nur in dem ganzen Geiſt und Schickſal des Römiſchen Staats gefunden werden. Dieſer lieferte zuerſt das Recht von jener objectiven Allgemeinheit und Wahrheit, das von Anfang an durch keine Willkühr geſtört, ein unmittelbares Gemeinwerk, ein Werk der Verhältniſſe ſelbſt war, und darum angemeſſen den Verhältniſſen; ein Recht, das von den kleinſten, einfachſten Verhältniſſen ausgehend, zu den weiteſten und ausgebildetſten gelangte, das an den neuen Verhältniſſen ſtets neue Mittel zur Ausbildung fand, weil es in ſeinem Alten und Hergebrachten die Mittel hatte, das Neue zu begreifen und zu lenken. Den objectiven Verhältniſſen entſprach der darin mit einer gewiſſen intellectuellen Pietät befangene ſubjective Geiſt, der gleich fern von trägem Beharren beim Gewordenen und Geweſenen, und von frivoler Erhebung über das Wirkliche, mit der Reſignation, aber auch mit der ganzen Friſche und Reinheit empiriſcher Wahrnehmung das Wirkende und Bleibende, den Geiſt in Allem erfaßte. Die Rö-

---

Quartino temporibus Tiberii, sed plurimum in civitate auctoritatis habuit eousque, donec eum Caesar civitate pelleret; expulsus ab eo in Sardiniam, revocatus a Vespasiano diem suum obiit. N e r v a e successit P r o c u l u s. Fuit eodem tempore et N e r v a f i l i u s. Fuit et alius Longinus ex equestri quidem ordine, qui postea ad Praeturam usque pervenit. Sed P r o c u l i auctoritas major fuit, nam etiam plurimum potuit, appellatique sunt partim C a s s i a n i, partim P r o c u l i a n i; quae origo a C a p i t o n e et L a b e o n e coeperat. Cassio Caelius Sabinus successit, qui plurimum temporibus Vespasiani potuit; Proculo Pegasus, qui temporibus Vespasiani Praefectus Urbi fuit; Caelio Sabino Priscus Javolenus; Pegaso C e l s u s; patri Celso C e l s u s f i l i u s et Priscus Neratius, qui utrique consules fuerunt, Celsus quidem et iterum; Javoleno Prisco Aburnus Valens et Tuscianus, item Salvius Julianus." Gaj. I § 7. „Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est jura condere; q u o r u m o m n i u m s i i n u n u m s e n t e n t i a e c o n c u r r a n t, i d q u o d i t a s e n t i u n t, l e g i s v i c e m o p t i n e t; s i v e r o d i s s e n t i u n t, j u d i c i l i c e t, q u a m v e l i t, s e n t e n t i a m s e q u i: i d q u e r e s c r i p t o d i v i H a d r i a n i s i g n i f i c a t u r."

miſche Jurisprudenz war der geſammelte und dadurch geſteigerte juriſtiſche Sinn des Römiſchen Volks, in ihm hatte jene ihren Ausgang, ihre Nahrung und Triebkraft. Wahre Virtuoſität d. i. eine nicht ſchon entſeelte Kunſtfertigkeit, ſondern die energiſche noch fördernde Kunſttüchtigkeit, ſolche wahre Virtuoſität Einzelner ſetzt zu ihrem Daſein nicht bloß eine lange allgemeine Uebung als vorhergegangene voraus, ſondern fordert dauernd wenigſtens eine allgemeine Empfänglichkeit. Wenn nun ſogar ſchon die eigentliche Blüthezeit der Jurisprudenz im zweiten und im Anfang des dritten Jahrhunderts dieſer natürlichen Belebung aus ihrem Boden, der Volksthümlichkeit, beraubt, ein künſtliches Daſein hatte, ſo war es in der Natur der Dinge begründet, daß die Rechtswiſſenſchaft grade von dieſem Zeitpunct ihrer höchſten Blüthe an auch wie plötzlich erſtarb.

Was die Art der Litteratur dieſer claſſiſchen Juriſten betrifft, ſo war dieſelbe eine durchaus gelehrte, denn die populären Unterweiſungen für Laien hörten wohl am Ende der Republik mit Manilius, Ofilius, Hoſtilius ſchon gänzlich auf. Dieſe claſſiſche Literatur hat nun allerdings eine große Varietät und Mannigfaltigkeit, aber weit mehr äußerlich in den Titeln und Rubriken, als innerlich in Gehalt und Methode. Eine ſehr reiche Literatur lieferten die Commentare zum Edict, zu einzelnen leges, oder zu den Schriften anderer Juriſten. Die ſelbſtſtändigen Werke waren umfaſſendere ſyſtematiſche Darſtellungen des ganzen Rechts, digesta, libri juris civilis, oder Abhandlungen über einzelne Materien, welche jedoch keineswegs immer die Gränzen, die Vollſtändigkeit und die Ordnung beobachten, welche nach der formellen Strenge des heutigen Verſtandes der Titel verſpricht oder gebietet, ſowohl im Material als in der Art der Behandlung. Daſſelbe gilt von den Büchern, die zum eigentlichen Unterricht geſchrieben wurden, und vorzüglich von den Schriften, welche ſelbſt ſchon in ihren Titeln ſich beſtimmterer ſyſtematiſcher Zuſicherungen enthalten, von den libri quaestionum, responsorum, regularum, definitionum, epistolarum, epitomatorum, rerum cottidianarum &c.

Es war nach der Natur einer im Vergleiche mit unſerer künſtlich geſteigerten Zeit noch natürlicheren Bildungsſtuffe, und alſo zum Heile dieſer, noch eine unmittelbarere natürliche Durchdrin=

gung aller Gegenſätze, noch nicht die bis zur Entfremdung und Zerreißung getriebene Unterſcheidung von Form und Stoff, von Allgemeinem und Beſonderem, von theoretiſcher und practiſcher Richtung vorhanden. Der Stoff wird niemals der Form, häufig aber eine willkührliche, ſubjective Form den Anforderungen der Sache ſelbſt geopfert. Die abſtracte Form hat in einem Mangel an mechaniſcher Technik das hier wenigſtens unſchädliche Ungeſchick, daß ſie häufig durch concretes Unweſentliches in ihrer Reinheit getrübt, in ihrer Vollſtändigkeit beſchränkt iſt. Aber die Behandlung des Beſondern hat dafür in der Fülle der natürlichen Lebendigkeit das glückliche, unnachahmliche Geſchick, durch welches ſich an dem Beſondern ohne beſondere Hinweiſungen und ſyſtematiſche Vorkehrungen von ſelbſt das Allgemeine herausſtellt, und zwar in der lebendigen Concretion mit dem Beſondern, in der es allein Wahrheit hat, herausſtellt. So behält die theoretiſche Form ſtets practiſche Anſchaulichkeit und Erprobung, und geſchieht die practiſche Behandlung ſtets in theoretiſcher Beleuchtung und Bewährung. In dem Lebendigen, practiſch Gegenwärtigen behielt dieſe natürliche Jurisprudenz in allen Zeitaltern ihr eigentliches Element. Die unmittelbare Tüchtigkeit für dieſes erließ ihnen hiſtoriſche und ſpeculative Studien, denen ſie nicht gewachſen geweſen wären. Das unmittelbare geiſtige Auge iſt noch ſchärfer, das künſtliche der hiſtoriſchen und ſpeculativen Combination und Kritik iſt noch nicht ſcharf. Wie grade das Entgegengeſetzte von unſerer ſpätern Zeit prädicirt werden muß.

Dem Inhalte gemäß iſt die Sprache der juriſtiſchen Literatur relativ ſehr einfach und populär, ohne viele Schulterminologie; ſie iſt ſehr gleichförmig, und zwar bis zu Ende die alte kunſtloſe des Zeitalters des ältern Cato und der älteſten Juriſten, die Sprache, welche damals die allgemeine der noch unbedeutenden Literatur überhaupt und des täglichen Lebens war, in welchem das Recht noch mitlebte. Die claſſiſchen Juriſten ſchrieben ſo als Juriſten eine Sprache, die ihnen und ihrem Zeitalter nicht unmittelbar natürlich war, und die ſie auch als Juriſten ſchwerlich ſo ſprachen. Eine Erſcheinung, die uns nicht verwundern kann; denn einmal iſt eine gewiſſe antiquitas,

im vollen Sinne des Worts, dem Rechte eigenthümlich; es iſt vorzugsweiſe das Schickſal der Rechtswiſſenſchaft, auch während ſie in dem gegenwärtig Practiſchen arbeitet, daß ſie im Alten wurzelt, denn nur das pflegt im Rechte gegenwärtige Sicherheit zu haben, was eine ſichere Vergangenheit hat. Mit der alten Sache aber erhält ſich auch die alte Form, um ſo mehr, wenn ſie erſt einmal durch den Buchſtaben feſte Geſtalt bekommen, und vor Allem, wenn die ſpätere Literatur ſeit länger nur in älterer Literatur ihre Hauptquelle hat, wie es entſchieden das Schickſal der claſſiſchen juriſtiſchen Literatur und meiſt ſchon des vorhergehenden Jahrhunderts war.

Von dieſer reichen Literatur iſt uns dennoch faſt Nichts in der urſprünglichen Geſtalt erhalten, weil dieſelbe durch die Geſetzgebung ſpäterer Kaiſer, Valentinians und namentlich Juſtinians ſo gut wie abſichtlich vernichtet wurde. Von dem wenigen Erhaltenen ſind hier zu erwähnen zwei Lehrbücher claſſiſcher Juriſten: Gaji institutionum commentarii IV, und ein bedeutendes Fragment von Ulpiani liber singularis regularum,

Von Conſtantin bis Juſtinian.

§ 19.

Mit Conſtantin iſt die altrömiſche Welt an ihrem Ende, und es tritt im Politiſchen wie im Religiöſen offen der Monismus an die Stelle des durchgelebten weſentlich Römiſchen republicaniſchen Princips. Es giebt verfaſſungsmäßig von jetzt an keine zweite und dritte ſouveraine Staatsgewalt neben dem Imperium, und keine Theilung dieſes, ſondern allein die eine Gewalt des Kaiſers. Ihm und ſeinen von ihm geſetzten und in ſeinem Namen handelnden Beamten ſteht das Volk als einzelne Unterthanen gegenüber. So war die weſentlich auf republicaniſcher Form und Geiſt beruhende eigenthümliche Mannigfaltigkeit der Rechtsquellen verſiegt und es gab keine andere lebendige Quelle des Rechts als die kaiſerlichen Conſtitutionen.

Das Recht der Vorzeit aus den leges, Scta und edicta magistratuum hatte längſt ſeine theoretiſche Digeſtion durch die Jurisprudenz gefunden, und dieſe ſelbſt war, nachdem der Gegenſtand ihrer Anſchauung, das Recht ſelbſt Leben und Entwicklung verloren,

aus einem in der allgemeinen Neigung wurzelnden lebendigen Bewußtſein ein todtes und um äußerer Gründe wegen erworbenes Wiſſen der Einzelnen geworden, welche durch den Beruf zur Rechtskenntniß verpflichtet waren.

Für dieſe war die ungeheure juriſtiſche Litteratur der Vorzeit neben den immer zahlreicher werdenden Conſtitutionen der Kaiſer die Erkenntnißquelle. Wenn die Litteratur durch das Alter ihrer Form und ihres Inhalts ſchon den Römern des 4. Jahrhunderts faſt als ein Fremdes erſcheinen mußte, ſo war ſie das nach der Theilung des Reichs entſchieden für den größern Theil des öſtlichen Reichs.

Dieſe Unverſtändlichkeit und Schwierigkeit der Litteratur an ſich, ihre große Maſſe, neben welcher noch die Menge der bisher ungeſammelten, und in ihrer Gültigkeit zum Theil ſchon zweifelhaften Conſtitutionen zu berückſichtigen war, die aus dem Allen hervorgehende Unmöglichkeit für die Practiker, der Sache äußerlich und innerlich Herr zu werden, mußte endloſe Zweifel und Vorfragen, übermäßiges Schwanken und Fehlgriffe in der Anwendung des Rechts hervorbringen.

Um dieſen Uebeln in etwas abzuhelfen, beſtimmte der abendländiſche Kaiſer Valentinian III, welcher im Jahr 424 zur Regierung kam, durch das jetzt vorzugsweiſe ſogenannte Citirgeſetz, in Betreff des Citirens der Juriſtenauctoritäten, daß ſich dieſes auf beſtimmte Juriſten beſchränken ſolle. Nur die Schriften von Papinian, Paulus, Gajus, Ulpian und Modeſtin, und diejenigen Schriften, welche in dieſen citirt wären, ſollten allegirt und benutzt werden. Wenn dieſe priviligirten Juriſten verſchiedener Meinung wären, ſo ſolle die Stimmenmehrheit entſcheiden, im Falle der Uneinigkeit bei Stimmengleichheit ſolle Papinians Votum den Ausſchlag geben; falls aber auch dieſe Auskunft fehlte, der Richter nach eigenem Ermeſſen wählen.

Bald darauf veranſtaltete der morgenländiſche Kaiſer Theodoſius II, nachdem ſchon mehre Privatſammlungen älterer Conſtitutionen, der Codex Gregorianus und Hermogenianus, vorhergegangen waren, die erſte authentiſche Conſtitutionenſammlung, den im Jahr 438 für das öſtliche Reich zunächſt publicirten, aber ſchon in demſelben Jahre im weſtlichen Reiche recipirten Codex Theodosia-

nus, welcher auch das ſchon früher im Byzanz publicirte valentinianiſche Citirgeſetz enthält*) und in bedeutenden Bruchſtücken noch vorhanden iſt.

Unter den abendländiſchen Kaiſern ſelbſt kommen keine ſpätere Redactionen der Rechtsquellen mehr vor. Nach dem Fall des Reiches aber, unter der Herrſchaft der Barbaren wurden mehrere dergleichen, mehr Compilationen oder mehr Interpolationen, abgefaßt. Dahin gehört für die Oſtgothen das Edictum Theodorici im Jahr 500, für die Weſtgothen das Breviarium Alaricianum von 507 und die Lex Romana Burgundiorum von 517. Von weit größerer Bedeutung iſt das Geſetzgebungswerk des morgenländiſchen Kaiſers Juſtinian.

§ 20.

Die Juſtinianiſche Compilation.

Juſtinian fand bei ſeinem Regierungsantritt im Weſentlichen den ſchon faſt Jahrhunderte alten Zuſtand der Rechtsquellen, der durch Valentinians Citirgeſetz und die Theodoſiſche Conſtitutionenſammlung, wenn auch nicht verſchlimmert, doch ſicher um Weni-

---

*) L. 3. Cod. Theod. de respons. prud. (I, 4). „Papiniani, Pauli, Gaji, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus, ita ut Gajum, quae Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur potior numerus vincat auctorum, vel si numerus aequalis sit, ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas enim Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) praecipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus."

ges gebeſſert worden war. Die alſo nicht willkührlich arripirte, ſondern von der Zeit geſtellte Aufgabe war, die beiden Quellen des Rechts, die Juriſtenſchriften, die jura, und die kaiſerlichen Conſtitutionen, die leges, in eine zugängliche und überhaupt brauchbare Geſtalt zu bringen *).

Schon im erſten Jahre ſeiner Regierung beauftragte Juſtinian eine Commiſſion von 10 Männern, alle geltenden Conſtitutionen

---

*) pr. Const. „Haec quae necessario" „Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro Principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum ad effectum ducere ausus est, in praesenti rebus donare communibus auxilio Dei omnipotentis censuimus, et prolixitatem litium amputare, multitudine quidem constitutionum, quae tribus codicibus, Gregoriano, Hermogeniano, atque Theodosiano continebatur, illarum etiam quae post eosdem codices a Theodosio divinae recordationis, aliisque post eum retro Principibus, et a nostra etiam clementia positae sunt, resecanda, uno autem Codice sub felici nostri nominis vocabulo componendo, in quem collegi tam memoratorum trium codicum, quam novellas post eos positas constitutiones oportet." § 2 eod. „Quibus specialiter permisimus, resecatis tam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus, quam similibus, et contrariis, praeterquam si juris alia divisione adjuventur, illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas ex iisdem tribus codicibus et novellis constitutionibus leges componere, et congruis titulis subdere: adjicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigeret, colligentes vero in unam sanctionem, quae in variis constitutionibus dispersa sunt, et sensum earum clariorem efficientes, ita tamen, ut ordo temporum earum constitutionum non solum ex adjectis diebus consulibusque, sed etiam ex ipsa compositione earum clarescat, primis quidem in primo loco, posterioribus vero in secundo ponendis, et si quae earum sine die et consule in tribus veteribus codicibus, vel in his, in quibus novellae constitutiones receptae sunt, inveniantur, ita his ponendis, nullaque dubietate super generali earum robore ex hoc oriunda, sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est, quae ad certas personas rescriptae, vel per pragmaticam sanctionem ab initio datae, eidem novo Codici propter utilitatem sanctionis insertae fuerunt."

in eine Sammlung zu bringen. Der ſo entſtandene Codex constitutionum wurde im Jahr 529 publicirt.

In Beziehung auf die Juriſtenſchriften befahl der Kaiſer einer Commiſſion von 17 Männern, an deren Spitze Tribonian ſtand, eine Compilation aus der geſammten juriſtiſchen Litteratur zuſammenzuſtellen *). Die Commiſſion gebrauchte nicht die ihr

---

*) § 4. 5. Const. „Deo auctore.“ „Jubemus igitur vobis antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad jus Romanum pertinentes et legere et elimare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine, neque discordia derelicta: sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat. Quia autem et alii libros ad jus pertinentes scripserunt, quorum scripturae nullis auctoribus receptae, nec usitatae sunt: neque eos eorum volumina nostram inquietare dignamur sanctionem.“ § 5. „Cumque haec materia summa nostri numinis liberalitate collecta fuerit, oportet eam pulcherrimo opere extruere, et quasi proprium et sanctissimum templum justitiae consecrare, et in libros quinquaginta et certos titulos totum jus digerere, tam secundum nostri constitutionem codicis, quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse patuerit: ut nihil extra memoratam consummationem possit esse derelictum, sed his quinquaginta libris totum jus antiquum, per millesimum et quadringentesimum paene annum confusum, et a nobis purgatum, quasi quodam muro vallatum, nihil extra se habeat; omnibus auctoribus juris aequa dignitate pollentibus, et nemini quadam praerogativa servanda, quia non omnes in omnia, sed certi per certa vel meliores, vel deteriores inveniuntur.“ § 12 eod. „Nostram autem consummationem, quae a vobis Deo adnuente componetur, Digestorum vel Pandectarum nomen habere sancimus, nullis juris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare, et verbositate sua supradicti codicis compendium confundere, quemadmodum in antiquioribus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum jus paene conturbatum est; sed sufficiat per indices tantummodo et titulorum subtilitatem, quae παράτιτλα nuncupantur, quaedam admonitoria ejus facere, nullo ex interpretatione eorum vitio oriundo.“ § 13 eod. „Ne autem per scripturam aliqua fiat in posterum dubitatio, jube-

für das Werk bewilligte Friſt von 10 Jahren, ſondern ſchon nach 3 Jahren wurde daſſelbe unter dem Namen Digesta, Pandectae am 16. Decbr. 533 als Geſetz publicirt, welches vom 1. Januar 534 in Kraft treten ſollte. Die Compilatoren haben für die Digeſten die Schriften von 39 Juriſten excerpirt, deren Fragmente ſie in einer Reihe ſyſtematiſch geordneter mit beſonderer Inhaltsangabe überſchriebener Titel an einander gereiht haben, unter Beifügung des Titels der Schrift, aus welchem das Fragment entnommen iſt. Dieſes Syſtem haben ſie dann in der Weiſe in 50 Bücher getheilt, daß einmal freilich ein Titel mehrere Bücher, in der Regel aber ein Buch mehrere Titel enthält. Die jetzt übliche Weiſe, Pandecten-Fragmente, welche gewöhnlich in ein Proömium oder Principium und in mehrere Paragraphen zerfallen, zu allegiren, iſt die, daß man zuerſt die Zahl des Fragments im Titel, ſodann die Zahl des Paragraphen und zuletzt die Ueberſchrift des Titels nennt, wozu häufig auch noch die Zahl des Titels und des Buchs hinzugefügt wird, z. B. fragmentum oder lex 3 § 3 tituli Digestorum de transactionibus (libri II. titul. 15); abbrevirt fr. oder L. 3 § 1. D. de transact. (II, 15).

---

mus non per siglorum captiones et compendiosa aenigmata, quae multas per se et per suum vitium antinomias induxerunt, ejusdem codicis textum conscribi, etiamsi numerus librorum significetur, aut aliud quidquam: nec etenim haec per specialia sigla numerorum manifestari, sed per litterarum consequentiam explanari concedimus."

§ 21 Const. „Dedit nobis Deus" „Cum autem statim corpus legum hoc colligi jusserimus, nunc rursus ipsum confirmantes, omnibus pariter prohibemus, ut nemo audeat, neque eorum, qui nunc sunt, neque eorum, qui postea futuri, harum legum commentarios scribere, praeterquam si velint in Graecorum linguam convertere, sola vero, quam *κατὰ πόδα* (id est ad calcem) vocant, uti interpretatione, et si quid ad usum eorum, quae Paratitla nuncupantur, ut conveniens est, adscribere velit, aliud vero nihil omnino circa ea facere, neque rursus dare ansam dissidii et controversiae, et multitudinis legibus, quod et ipsum antea in Edicti accidit expositione, quapropter, brevissimum ipsum cum fuerit, ex variorum commentariorum diversitate in infinitam extensum est molem."

Obgleich die Digeſten weſentlich und zunächſt als Geſetzbuch dienen ſollten, ſo hatte Juſtinian doch von Anfang an ſchon den Plan, dieſelben auch den juriſtiſchen Studien zum Grunde zu legen. In Erwägung aber, daß dieſelben theils durch ihren Umfang, theils durch den Inhalt für den Anfang der Studien zu ſchwierig ſein möchten, befahl er im Jahre 532 dem Tribonian, in Gemeinſchaft mit Theophilus und Dorotheus ein jenem Zweck mehr entſprechendes einleitendes Lehrbuch, Institutiones, auszuarbeiten. Der Arbeit wurden ältere Lehrbücher, vorzüglich die Inſtitutionen des Gajus zum Grunde gelegt, welche mit Weglaſſung des ganz Veralteten zum größten Theil wörtlich wiedergegeben, zum Theil aber auch interpolirt und durch neue Geſetze erweitert wurden. Die neuen Juſtinianiſchen Inſtitutionen wurden am 21. November 533 als Lehrbuch und Geſetzbuch bekannt gemacht, um in der letzten Eigenſchaft vom 1. Januar 534 zugleich mit den Pandecten in Geltung zu treten *). Die Titelreihe der In-

---

*) § 2—6 Const. „Imperatoriam Majestatem.“ „Et cum sacratissimas Constitutiones antea confusas in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiae volumina et opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, caelesti favore jam adimplevimus. § 3. Cumque hoc Deo propitio peractum est, Triboniano, viro magnifico, Magistro et Exquaestore sacri Palatii nostri, nec non Theophilo et Dorotheo, viris illustribus, Antecessoribus nostris (quorum omnium solertiam et legum scientiam et circa nostras jussiones fidem jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis, mandavimus specialiter, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus Institutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis dicere, sed ab Imperiali splendore appetere, et tam aures, quam animae vestrae nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc Constitutiones Imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini, digni tanto honore tantaque reperti felicitate, ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce Principali procedat. „Igitur post libros quinquaginta Digestorum seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collatum est, quos per eundem virum excelsum Tribonianum, nec non ce-

ſtitutionen iſt in 4 Bücher vertheilt; die einzelnen Titel zerfallen in ein Principium und Paragraphen. Man citirt: principium, § 4 Institutionum, titul. de divisione rerum. Lib. II. tit, 1; abbrevirt: pr. § 4 I. de div. rer. (II, I).

Sogleich nach der Promulgation der Inſtitutionen und Pandecten verordnete Juſtinian eine Umarbeitung ſeiner Conſtitutionenſammlung *), welche manches durch die Pandecten und ſpätere

---

teros viros illustres et facundissimos confecimus, in hos quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimae scientiae prima elementa. § 5. In quibus breviter expositum est, et quod antea obtinebat, et quod postea desuetudine inumbratum Imperiali remedio illuminatum est. § 6. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, et praecipue ex commentariis Gaji nostri tam Institutionum, quam Rerum cottidianarum aliisque multis commentariis compositas, cum tres praedicti viri prudentes nobis obtulerunt, et legimus, et cognovimus, et plenissimum nostrarum Constitutionum robur eis accommodavimus."

*) § 1. 2. Const. „Cordi nobis." „Postea vero, cum vetus jus considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus, quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus et coarctatus est, omneque jus antiquum, supervacua prolixitate liberum atque enucleatum, in nostris Institutionibus et Digestis reddidimus. § 2. Sed cum Novellae nostrae tam decisiones, quam constitutiones, quae post nostri Codicis confectionem latae sunt, extra corpus ejusdem Codicis divagabantur, et nostram providentiam nostrumque consilium exigere videbantur, quippe cum earum quaedam ex emersis postea factis aliquam meliore consilio permutationem vel emendationem desiderabant: necessarium nobis visum est, per Tribonianum, virum excelsum, magistrum, exquaestore et exconsule, legitimi operis nostri ministrum, nec non virum magnificum, quaestorem et Beryti legum Doctorem, Dorotheum, Mennam insuper et Constantinum et Joannem, viros eloquentissimos togatos fori amplissimae sedis, easdem constitutiones nostras decerpere, et in singula discretas capitula, ad perfectarum constitutionum soliditatem competentibus supponere titulis, et prioribus constitutionibus eas adgregare."

Conſtitutionen ſchon wieder Derogirte enthielt, dagegen manche neuere Conſtitutionen, unter dieſen die quinquaginta decisiones, 50 Entſcheidungen von Rechtscontroverſen, welche Juſtinian auf Tribonians Vorfrage während Abfaſſung der Pandecten abgegeben hatte, nicht enthielt. Dieſer revidirte Codex, Codex repetitae praelectionis, wurde am 17. Novbr. 534 publicirt, um vom 1. Januar 535 anſtatt des alten Codex neben die Pandecten in Geſetzeskraft zu treten. Die kaiſerlichen Conſtitutionen ſind hier in gleicher Weiſe, wie die Juriſtenfragmente in den Pandecten in einer ſyſtematiſchen Titelfolge aneinander gereiht, welche wieder in 12 Bücher vertheilt ſind. Der Text der einzelnen zum Theil vollſtändig, zum Theil nur in Bruchſtücken vorhandenen Conſtitutionen iſt gewöhnlich in ein Principium und Paragraphen getheilt. Man citirt die Conſtitutionen wie die Pandectenfragmente: Lex s. Const. 5 princip. § 1 Codicis tit. ad legem Juliam Majestatis (Libri IX. tit. 8); abbrevirt L. oder C. 5. pr. § 1. C. ad le. Jul. Maj. (IX, 8).

Die Inſtitutionen, Digeſten und der Codex repetitae praelectionis zuſammengenommen ſollten nun mit Derogation aller ältern Geſetze und Rechtsquellen, als ein und einziges Geſetzbuch gelten. Der ganze Inhalt aller drei Theile iſt als Juſtinians eigner gleichzeitiger Ausſpruch zu betrachten und im Fall eines ſcheinbaren Widerſpruchs, da ein wirklicher nach des Geſetzgebers Behauptung nicht vorkommt, allein vom Kaiſer die Entſcheidung einzuholen *).

---

*) L. 12. C. § 1. de leg. (I, 14). „Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Si enim in praesente leges condere soli Imperatori concessum est: et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet." — L. 2. § 21. C. de veter. jur. enucl. (I,17). „Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen

§ 21.

Juſtinians ſpätere Verordnungen, Novellae.

Nach der Vollendung ſeines Geſetzbuchs erließ Juſtinian während ſeiner noch dreißigjährigen Regierung eine Menge neuer Verordnungen, novellae constitutiones, *νεαραὶ διατάξεις,* zum größten Theil in griechiſcher Sprache. Der Kaiſer ſelbſt hat den Plan, dieſe Geſetze in eine Sammlung zu bringen, nicht ausgeführt. Von den mehreren zum Theil gewiß ſchon unter Juſtinians Regierung vorhandenen Sammlungen und Ueberſetzungen iſt hier nur das ſogenannte Authenticum oder liber Authenticorum zu nennen, eine von unbekanntem Verfaſſer herrührende Sammlung von 134 Novellen, welche die lateiniſchen Novellen im Urtext, die griechiſchen in der lateiniſchen Ueberſetzung giebt, deshalb vor andern zu erwähnen, weil ſie von den Gloſſatoren gebraucht wurde, und ſo der jetzt im corpus juris enthaltenen, durch ſpätere Vervollſtändigung auf 168 gebrachten Novellenſammlung, zum Grunde liegt.

§ 22.

Die Baſiliken.

Obgleich Juſtinian ſelbſt jedes Commentiren und Interpoliren ſeines Geſetzes ausdrücklich verboten hatte, ſo konnte dergleichen der Natur der Sache nach doch auf die Länge nicht unterbleiben. Aber ſelbſt ſchon zu Juſtinians Lebzeiten ſcheint eine von Theophilus auf Veranlaſſung ſeiner Lehrvorträge verfaßte griechiſche Paraphraſe der Juſtinianiſchen Inſtitutionen im Gebrauch geweſen zu ſein. Indeſſen die von der fremden Sprache herrührende, immer mehr zunehmende Unzugänglichkeit der Juſtinianiſchen Compilation, das Veralten mancher darin enthaltenen Beſtimmungen, veranlaßte den Kaiſer Baſilius Macedo eine Umarbeitung des ganzen Juſtinianiſchen Rechts in griechiſcher Sprache zu unternehmen. Obgleich das in 60 Bücher getheilte Syſtem erſt nach dem 886 erfolgten Tode des Urhebers von deſſen Sohne Leo Philoſophus vollendet ſein ſoll, ſo wurde es doch nach jenem *βασιλικαὶ διατάξεις,* Baſiliken, benannt. Dieſe Baſiliken,

---

per judices referatur, et ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est, leges et condere et interpretari."

welche ſicher den Gebrauch der Juſtinianiſchen Compilation im Orient verdrängten, ſind uns nicht in der urſprünglichen, ſondern nur in der Geſtalt aufbehalten, welche ſie durch eine Reviſion unter dem Kaiſer Conſtantinus Porphyrogenetes im Jahre 950 erhielten.

§ 23.
Die Gloſſatoren.

Da während der kurzen Wiedereroberung Italiens durch Juſtinian ſein Geſetzbuch auch dort publicirt und verbreitet wurde, ſo iſt anzunehmen, daß bei der auch ohne dies Statt findenden Geltung des römiſchen Rechts, die Juſtinianiſche Compilation, wenn auch nicht formell, doch materiell fortwährend als Geſetz benutzt worden. Dahin deutet auch der Umſtand, daß daſſelbe dem Rechtsſtudium auf der Schule von Bologna von den älteſten Zeiten her ſcheint zum Grunde gelegen zu haben. Die Reihe der berühmtern Lehrer dieſer Schule, durch welche, wie im erſten Paragraphen dieſer Einleitung bemerkt worden, das römiſche Recht der abendländiſchen Nachwelt überliefert worden iſt, reicht von Irnerius († 1140) bis Accurſius († 1260). Dieſelben ſind es, welche man nach den glossae, kurzen größtentheils exegetiſchen Bemerkungen, welche ſie dem Geſetzestext zwiſchen oder beizufügen pflegten, Gloſſatoren genannt hat. Aus dieſen Gloſſen verſchiedener Verfaſſer hat Accurſius ein fortlaufendes Gloſſarium, welches man die glossa ordinaria oder ſchlechthin die Gloſſe nennt, zuſammengeſtellt. Die Lehre der Gloſſatoren umfaßte jedoch nicht bloß die Juſtinianiſche Sammlung der Inſtitutionen, der Pandecten und des Codex repet. prael., ſondern auch 97 der Novellen dieſes Kaiſers nach dem lateiniſchen Text des Authenticum von 134 Novellen. Aus einigen dieſer Novellen haben ſie gloſſenartige kurze Auszüge gemacht, welche unter dem Namen Authenticae den betreffenden Titeln des Codex eingefügt ſind. Die Gloſſatoren endlich ſind es, welche der von ihnen herrührenden Sammlung des ganzen Juſtinianiſchen Rechts, der Inſtitutionen, Pandecten, des Codex und der Novellen dieſes Kaiſers den bis auf die heutige Zeit gebräuchlichen Namen des Corpus juris civilis i. e. Romani gegeben haben.

welche ſicher den Gebrauch der Juſtinianeiſchen Compilation im Orient verdrängten, ſind uns nicht in der urſprünglichen, ſondern nur in der Geſtalt aufbehalten, welche ſie durch eine Reviſion unter dem Kaiſer Conſtantinus Porphyrogenetes im Jahr 900 erhielten.

§ 43.

Die Gloſſatoren.

Da während der kurzen Wiedereroberung Italiens durch Juſtinian ſein Geſetzbuch auch dort publicirt und eingeführt wurde, ſo iſt anzunehmen, daß ſich auch ohne eine ſtets erneuerte Geltung des römiſchen Rechts die Juſtinianiſche Compilation, wenn auch nicht formell, doch materiell fortwährend als Geſetz gebraucht werden. Daher rührt auch der Umſtand, daß dieſes dem Rechtsſtudium auf der Schule von Bologna von den älteſten Zeiten her ſcheint zum Grunde gelegen zu haben. Die Reihe der berühmteſten Lehrer dieſer Schule, durch welche, wie im erſten Paragraphen dieſer Einleitung bemerkt worden, das römiſche Recht der abendländiſchen Nachwelt überliefert worden iſt, reicht von Irnerius (+ 1140) bis Accurſius († 1260). Dieſelben ſind es, welche man nach den glossae, kurzen erläuternden exegetiſchen Anmerkungen, welche ſie dem Geſetztexte zufügten oder beizuſchreiben pflegten, Gloſſatoren genannt hat. Aus dieſen Gloſſen verſchiedener Verfaſſer hat Accurſius ein fortlaufendes Gloſſarium, welches man die glossa ordinaria oder ſchlechtweg die Gloſſe nennt, zuſammengeſtellt. Die Lehre der Gloſſatoren umfaßte ſchon nicht bloß die Juſtinianiſche Sammlung der Inſtitutionen, der Pandecten und des Codex repet. prael., ſondern auch die Novellen dieſes Kaiſers nach dem lateiniſchen Text des Authenticum von 134 Novellen. Aus einigen dieſer Novellen haben die Gloſſatoren kurze Auszüge gemacht, welche unter dem Namen Authenticae den betreffenden Stellen des Codex eingefügt ſind. Die Gloſſatoren endlich ſind es, welche der von ihnen bearbeiteten Sammlung des ganzen Juſtinianiſchen Rechts, den Inſtitutionen, Pandecten, dem Codex und den Novellen dieſes Kaiſers, den bekanntlich bis heutige Zeit gebräuchlichen Namen des Corpus juris civilis i. e. Romani gegeben haben.

Hiſtoriſch-ſyſtematiſche Darſtellung

des

Römiſchen Privatrechts.

Erſte Abtheilung.

Die urſprünglichen Rechtsgewohnheiten der Römiſchen privati, d. i. der römiſchen Plebejer bis zur erſten Aufzeichnung derſelben in den 12 Tafeln.

§ 1.

I. Die unbeſchränkte Familiengewalt, Manus.

Die Plebes, eine Anſammlung von Menſchen ſehr verſchiedener Nation und Art, blieb auch nachdem der Römiſche Staat ſie auf die oben *) beſchriebene Weiſe für ſeine Zwecke in 30 Tribus eingetheilt und verbunden hatte, doch in ſich ſelbſt noch lange, was ſie von Natur war, ein bloßer Haufen Einzelner. Die einzelnen Hausſtände blieben ſich noch fern und ſtrenge von einander getrennt in Stolz und Anhänglichkeit an dem Eignen, in Gleichgültigkeit und Mißtrauen gegen das Fremde, wie es unter denen zu ſein pflegt, die ſich fremd ſind. Jeder Hausherr hatte ſelbſt und allein in allen Stücken für ſeine Familie zu ſorgen; er war, ſo wie der alleinige Ernährer und Beſchützer, ſo auch unumſchränkter Geſetzgeber und Richter über das Seine. Es gab hier keine Genoſſenſchaften mehr, und noch keinen Staat, welche den Hausherrn unterſtü-

*) Vgl. § 4. p. 29. 30.

ßend oder beſchränkend in das Innere der Familie eingegriffen hätten. Die Plebejer waren jeder Oeffentlichkeit, Gemeinſchaft, baar, in ſich verſchloſſen, Einzeln, im reinen Naturſtand, d. i. privi, singuli, privati *). Aber natürlich; denn den Römiſchen Staat kümmerte es nicht, wie der Plebejer in ſeinem Hauſe hauſte, und er ließ ihn frei und in Frieden. Die Untergebenen der Familie ſelbſt aber mußten vor Allem die angeſtammte väterliche Herrſchaft jeder fremden vorziehen, lieber einen Vater zum Herrn, als einen Herrn zum Vater haben. So war es durch die Umſtände von Anfang an Aller gleichmäßiges Intereſſe (aequa omnium utilitas), und unmittelbar vorhandene Thatſache (mos, consuetudo), daß jeder plebejiſche Hausherr über ſeine Familie vollkommen freie Hand hatte, familia in patris manu erat.

Die einſt freiwillige Sitte bewährte und erhielt ſich allgemein und dauernd, und wurde, durch die ſich aufdringende Allgemeinheit und Herkömmlichkeit allgemein wahrgenommen, auch allgemein als das Rechte anerkannt. Es war der in der That wahre, durch dieſelbe That kund gewordene, der unmittelbar wirkliche allgemeine Wille, rechte Gewohnheit, Gewohnheitsrecht **).

Aber dieſes Recht ſcheint eigentlich noch gar kein Recht, ſondern reine Willkühr des Einzelnen zu ſein, denn Jeder konnte ja thun was er wollte; indeſſen weil Jeder thut, was er will, ſcheint es wieder das unbeſchränkteſte alſo vollkommenſte Recht zu ſein. Es iſt in Wahrheit der Anfang des reinen Privatrechts.

Dieſe unbeſchränkte Familiengewalt, vermöge deren der Vater ſogar ſeine Kinder verkaufen und tödten konnte, iſt nach der Römer und nach unſerer Erfahrung etwas dem damaligen Rom Eigenthümliches ***), ſo daß die Grün-

---

*) Festus s. v. privos. „Privos privasque antiqui dicebant pro singulis."

**) L. 32 § 1 D. de legibus (I, 3).

***) Gaj. I, § 55. „Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus, quod jus proprium ci-

dung der römiſchen Gemeinde als die Darſtellung der freiſten Perſönlichkeit, ein Anfang des Privatrechts in einer Reinheit und Vollkommenheit iſt, wie ſolcher nirgends ſonſt in der Geſchichte vorgefunden worden iſt.

Innehaber ſolcher Gewalt, d. i. Perſonen waren diejenigen Männer, welche keinen Vater mehr am Leben hatten, ſie hießen patres, patres familias, welches Wort concret, in unmittelbarer Einheit, die ſpäter von einander discernirten Momente Vater und Herr enthält; denn Vaterſchaft iſt allgemein der rechte Urſprung der Herrſchaft und die urſprüngliche Garantie ihrer rechten Ausübung.

Gegenſtand der Gewalt war dem Rechte nach die Geſammtheit von Sachen (ὅμιλος, familia), welche ſich in der That darinnen befand. Der gewöhnliche Beſitz aber beſtand in: Aeckern, Häuſern, Heerden, Erz, Getraide, gekauften, gefangenen Menſchen, der Frau, den Töchtern, Söhnen und deren Kindern.

§ 2.

II. Das Schuldverhältniß, Nexum.

Da jeder paterfamilias ſich ſelbſt und das Seine vollkommen frei hat, ſo iſt das, daß der Andre es gar nicht und keine Beziehung zu ihm hat, als die, ihn gänzlich zu laſſen (linquere), ihn und ſeine Familie nicht zu verletzen. Wenn er das Fremde verletzt, ſo verbindet er ſich ſelbſt zum Erſetzen. Da Jeder aber mit dem Seinigen alles thun kann, ſo kann er auch aus der natürlichen Getrenntheit durch Antragen des Eignen mit dem Andern in Verbindung treten, vertragen; ſo willkührlich und natürlich die Zwietracht, ſo willkührlich und natürlich der Vertrag.

Iſt ſo zwiſchen zwei Perſonen durch Verletzung des Fremden oder Vertragung des Eignen ein Bund, Band, nexum, richtig entſtanden, ſo iſt dieſes Band wie die

---

vium Romanorum est, fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.“

Freiheit, und als Ausfluß derſelben, ein Rechts=Verhältniß.

Andere Rechtsverhältniſſe als dieſe beiden gab es urſprünglich nicht; dieſe gab es aber urſprünglich; denn ſie ſind nichts als die integrirenden Gegenſätze der wirklichen, d.i. der ſich äußernden Freiheit. Die manus, freie Hand, iſt das Nicht=Band; das nexum, Band, die nicht freie Hand. Es iſt die urſprüngliche Selbſteintheilung des einen Privatrechts, und als ſolche die weſentliche d. i. bleibende.

§ 3.

III. Practiſches und juriſtiſches Verhältniß der Manus und des Nexum.

Als Rechtsverhältniſſe haben beide das Gemeinſchaftliche, daß ſie ein ſicheres Verhältniß zu einem Gegenſtande ſind, im Einzelnen ſind ſie durchaus entgegengeſetzt.

Jemand hat eine Sache in manu, heißt: die Sache iſt ihm ſchlechthin, d. i. ihm allein, ihm auf immer, zu ſeinem Selbſt unmittelbar gehörig, wie ſeine Hand, ſein Eigen, ſein Vermögen; aber rechtes Eigen, welches über das bloß natürliche hinausreicht; Er hat die Sache nicht bloß, ſondern ſie gehört ihm; alſo, kommt ſie ihm aus der körperlichen Hand, ſo bleibt ſie doch in ſeiner rechtlichen Gewalt und Anſpruch, und er kann an der Sache, wo er dieſelbe findet, die rechtliche Hand anſprechen und behaupten, manum adserere; denn unmittelbar mit der Sache hat er zu thun; an die Sache kann er ſich halten, agere in rem. Die Sache iſt Gegenſtand des Gebrauchs und Genuſſes und zugleich des Halts, der Sicherheit, des Rechts. Die manus iſt unmittelbares Recht, natürliches Recht; dingliches Recht.

Dagegen, wer einen Andern nexum hat, hat dieſen weder, noch gehört er ihm, ſondern der Verbundene bleibt ſein Eigen, sui juris. Aber eben ſo wenig gehört dem Berechtigten irgend Etwas von dem Vermögen des Verpflichteten, ſondern auch dieſes bleibt des Schuldners freies Eigen. Der Berechtigte hat gar nicht körperlich, ſondern ihm gehört nur, gehört nur das beſtimmte Müſſen des Verbundenen, debere; dieſes iſt ihm aber ſicher. Indeß in der That gehört es ihm nur in

dem Augenblick, wo es geſchehen ſoll, in welchem es zugleich durch das Geſchehen wieder aufhört. Alſo daß die Perſon des Schuldners durchaus frei iſt. Erfüllt die ſchuldige Perſon nicht, ſo haftet das debere freilich an der Perſon; und wenn der Gläubiger ſich an das debere hält, ſo hält er ſich an die untheilbare leibliche Perſon, und die ganze Perſon wird gehalten (persona tenetur); und nur mit der Perſon hat er zu thun, nur gegen ſie kann er verfahren (agere in personam). Das debere kann nach der rechten Gewohnheit keinen andern Inhalt haben, als ein Geben, dare, irgend einer Sache. Sich zum Thun und Arbeiten für einen Andern verpflichten, wäre eine Veräuſſerung der unveräuſſerlichen Freiheit d. i. der Perſönlichkeit d. i. der Ehre, inhonestum, injustum, geweſen.

Beiderſeitig iſt das Verhältniß des nexum, daß der Eine dem Andern eine Sache zu Eigen machen muß, debet dare; dieſer vertraut, credit dari. Im nexum tritt das Recht aus ſeiner Unmittelbarkeit; denn hier iſt der Gegenſtand, den man eigentlich haben will, ein Anderes, als das, woran man ſich hält. Haben und benutzen will man das geſchuldete Geld, aber verfahren, um ſichs zu verſchaffen, muß man gegen die ſchuldige Perſon, als das Mittel. Das nexum iſt mittelbares Recht, juriſtiſches Recht, perſönliches Recht.

Alle beide Rechte, Halte, et in rem et in personam actionem zugleich auf eine und dieſelbe Sache erſcheint unmöglich; denn eine Sache die mein Eigen iſt, in manu mea, kann Niemand mir erſt dare debere, zu Eigen machen ſollen; und eine Sache, die Jemand mir erſt dare debet, die alſo noch nicht Mein iſt, kann nicht zugleich doch ſchon Mein ſein *).

Aber — allein das rein Rechtliche beider Verhältniſſe, d. h. die Art der Sicherheit für ſich betrachtet, — ſo ſcheint doch excluſiv bei jeder Sache das eine ſo gut als das andere möglich, jede Sache ſo gut mit der in personam, als mit der in rem actio verfolgbar, ſo gut in manu als in nexu ſein zu können. Aber man darf das Rechtliche nicht für ſich betrachten, denn es iſt nicht für ſich, iſt nicht ſelbſtſtändig, ſondern nur

*) Gaj. IV. § 4.

als Eigenſchaft und Moment der Verhältniſſe. Es giebt kein Recht, welches die Verhältniſſe macht, ſondern lediglich die Verhältniſſe machen ſich richtig und zu recht, das Recht. Von der unmittelbaren, inſtinktmäßigen, Entſcheidung der noch unerfahrenen Sitte wurde der Natur der einzelnen Sachen gemäß bei jeder derſelben nur das Eine oder das Andre richtig befunden, und wahrgenommen.

Alſo gewiſſe Sachen pflegten dinglich, unmittelbar und frei in manu, alſo unverſchuldbar gehabt zu werden; andre hatte man zum vertrauen und verſchulden, alſo nicht abſolut frei, nicht in manu. Und wenn auch im einzelnen Fall ein Anderes dem Einzelnen dienlich und bequem ſcheinen oder ſein ſollte, alſo in rem actio bei einer nexus=Sache, oder Schuld und Forderung einer manus=Sache, ſo kann doch als Recht nur gelten, was allgemein bequem, alſo gewöhnlich iſt; denn nur das iſt Recht.

Welche Sachen waren in manu, und aus welchen Gründen? Die Frau, die Kinder, die Sklaven, die Laſt= und Arbeitsthiere, Aecker und Häuſer, und Was dem ähnlich und angehörig iſt, will man in manu, d. h. unmittelbar zur Hand, fortwährend, frei und ganz alleine haben, und zwar weil es Einem eben ſo am liebſten, am nützlichſten und ſicherſten iſt. Am liebſten ſo; denn es iſt unmittelbar gegen das Gefühl und gute Sitte, einem Andern an dieſen Sachen wirkliche Gemeinſchaft zu geſtatten, oder ſich oder die Sache auch nur dem Verdachte und der Möglichkeit einer ſolchen auszuſetzen. Es ſchickt ſich nicht, daß zwei in einem Hauſe wohnen; in einem Hauſe kann nur Einer befehlen. Wer mag ein Kind, einen Sclaven, puer, eine Sclavin, auf die man etwas hält und halten muß, in einem fremden Hauſe laſſen, deſſen Sitte Niemand wiſſen und leiten kann. Dieſe Sachen alle ſind als abſolut Eigen und Gehörig, auch Angehörig und verwandt, unveräuſſerlich; denn um was die Kinder durch die Gleichſtellung mit den Sachen herabgeſetzt zu ſein ſcheinen, werden in der That die Sachen durch die Gleichſtellung mit den Kindern gehoben. Beide ſind in dem einen patrimonium. Alle dieſe Gegenſtände werden in dem Zuſtande des urſprünglichen Eigen mit Affect,

mit Liebe, d. i. mit unmittelbaren unvermittelbarem Intereſſe gehalten, d. i. als unerſetzlich, als unveräußerlich empfunden und dadurch zuſammengehalten, zum ὅμιλος, zur familia, zur rechten familia, rechtem Eigen. So am nützlichſten; denn welches einmal der Gebrauch und die Benutzung ſolcher Sachen iſt, ſo iſt dieſe nur dann recht vollſtändig möglich, wenn man dieſelben immer zur Hand hat. Es iſt ſo am ſicherſten und nur ſo ſicher, kein Hausherr, der ſeine Familie liebt und wahrt, diligens paterfamilias, mag ſolche aus der eignen Gewahrſame geben; es kann ihnen ein Unfall begegnen, und ſind ſie verloren, ſo ſind ſie nicht zu erſetzen; denn es giebt ihrer kein Zweites. Mein Kind, meine treuen Sclaven und das treue Thier, das ich mir durch Jahre anerzogen und angewöhnt, kann mit dem beſten Willen Niemand mir erſetzen, wenn ich mich auch von ihm trennen möchte.

Was die Sicherheit des Verfahrens, die actio, betrifft, welche nöthig wird, wenn wider meinen Willen ein Stück der familia ab Handen kommt, ſo iſt es in der That allein von Intereſſe, wenn ich mich an die Sache ſelbſt halten kann, denn nur mit dieſer Sache ſelbſt iſt mir ja gedient; und iſt es auch wieder ſicher genug, denn leicht kann ich dieſe eigenthümliche Sache erkennen, und alſo leicht verfolgen. Es iſt hier alſo in der That utilius und tutius agere in rem.

Was für Sachen waren es denn, daß man ſtatt dieſelben feſtzuhalten, ſie einem Andern vertraute, ſtatt ſie frei zu halten, kein Bedenken trug, ſolche einem Andern zu ſchulden? Es geſchah ſo z. B. bei Getraide, Oel, Moſt, Wein, Honig, Geld, Schlacht- und Heerdenvieh; denn für ſolche Sachen hat man keine Liebe, ſie ſind einem gleichgültig, es kommt dabei nicht, wie bei einem Sclaven, zahmen Arbeitsthier, auf das beſtimmte Individuum an; ein anderes gleiches, und es giebt andere gleiche, iſt Einem ebenſo recht; man gebraucht nie grade dieſes, ſondern nur ſolches, non specie, sed genere funguntur; wie daraus zu erſehen, daß man ſie nie nach Name und Charakter, ſondern nur nach Quantität bezeichnet, pondere, numero, mensura constant. Und wie und wozu gebraucht man ſie? Nicht zum Behalten, ſondern zum

Verbrauchen, earum usus consistit in abusu. Auch iſt, ſolche Sachen ſelbſt zu haben, oft unnütz; denn man gebraucht ſie nur zu Zeiten und nur ſo viel. Alſo warum ſie behalten? Damit ſie geſtohlen werden oder verderben? Es iſt nützlicher, ſie einem Andern laſſen, der für ihren Gebrauch, den er jetzt nöthig hat, bezahlt. Und ſicher iſt es immer, ſolche Sachen einer Perſon zu vertrauen; denn ſie kann ſie immer herbeiſchaffen, weil ſie alle als Geld gebraucht werden, Getraide, Heerden, Schaafe und Rinder, Erz; und man gebraucht ſie als Geld, weil ſie in genere (und anders ſind ſie gar nicht, genere tantum consistunt) unverſiegbar, unvergänglich, ſchlechthin, an ſich ſicher ſind. Alſo wird auch umgekehrt Niemand Bedenken tragen, ſich zur Zahlung ſolcher Sache zu verpflichten; denn was zählbar iſt, iſt auch zahlbar; und wird ſein Vermögen nicht belaſtet, denn er ſchuldet niemals etwas von dem Seinen, nicht dieſe ſeinen 100 as, nicht das dieſes ſein Schaaf (das giebt es eigentlich gar nicht), ſondern ein 100 as, ein ſolches Schaaf.

Hier hätte der Gläubiger eine ſchlechte Sicherheit, wenn er ſich an ſolche Sachen halten ſollte; ſo wenig ihm an dem beſtimmten Individuum gelegen iſt, ſo wenig würde es ihm möglich ſein, daſſelbe wiederzuerkennen und zu verfolgen; in specie ſind ſolche Sachen, die an ſich weſentlich nur in genere ſind, durchaus unnütz und unſicher. Der Berechtigte geht da nur ſicher mit der actio in personam, mit welcher er ſich an dieſe individuell beſtimmte ſchuldige Perſon hält. So iſt es hier utilius und tutius, und eo jure utuntur.

Alſo recht Eigen, in manu, meum, tuum, suum, iſt die rechte familia, die an ſich ſelbſt eigenthümlichen, unvertraubaren, unvertretbaren, angehörigen, zuſammengehörigen Dinge.

Nexus-Sachen ſind die an ſich ſelbſt gleichgültigen, vertretbaren, zahlbaren, die man als bloßes Mittel, zum tauſchen, zerſtreuen, zerſtückeln, peculiare hat, d. i. peculium, pecunium, pecunia, Stücke.

Und das ganze Vermögen, res, res familiaris, iſt familia pecuniaque.

Alſo nicht Alles, was man hat, hat man auch recht; aber auch manches, was man zu haben ſcheint, hat man gar nicht, z. B. die in meinem Bereich befindlichen wilden, d. i. freien Thiere, Haſen, Hirſche, Schweine habe ich nicht, eben weil ſie frei ſind; habe ich ſie gefangen, ſo habe ich ſie; habe ich ſie an meine Hand gewöhnt, mansuefactas, d. i. haben ſie ihre Flüchtigkeit aufgegeben, ſo habe ich ſie in rechter manus, bis ſie ihre Freiheit wiedernehmen.

Die manus und das nexum in dieſer ihnen weſentlichen Concretion, d. i. Verwachſenheit mit dieſen Sachen ſind die urſprünglichen Rechts-Verhältniſſe; ſie enthalten und halten feſt die rechte Natur der Sachen und das urſprünglich rechte Verhältniß der Sachen zu den Perſonen; und ein von Natur klarſehendes und kluges Volk war es, welches dies ſogleich ſo erſah und anſah. Die ſich ſpäter ermittelnde Unrichtigkeit dieſer unmittelbar richtigen und genauſten Grundentſcheidung der Sachen, die je ein Volk gemacht hat, liegt in der Abſolutheit der Entſcheidung, welche keine Abweichung nach Beziehungen geſtattet. Aber dieſe Unbeweglichkeit iſt der weſentliche Fehler des rein natürlichen Anfangs, und zugleich das Motiv der geſchichtlichen Bewegung und Entfaltung. Im Natürlichen iſt das Allgemeine noch nicht vom Beſondern, die Beziehung noch nicht vom Bezogenen geſondert. Es fehlt dort die jene Sonderung hervorbringende und enthaltende Mannigfaltigkeit der Beziehungen, welche, wie ſie ſchon Motiv, ſo auch erſt Reſultat der Geſchichte iſt.

Beide Verhältniſſe als Integrirung der Totalität des Rechtsverhältniſſes, d. i. des Verhältniſſes der Perſon zur Sache und zur Perſon, im Einzelnen neben einander geſtellt, ſo iſt in manu habere unmittelbar wirkliches Haben durch ſich ſelbſt; nexu credere durch Willen und Hülfe eines Andern vermitteltes Haben oder Haben-Werden; die manus der Zuſtand der Ruhe und des Alleinſeins, nexum das Moment der Bewegung und Verbindung; die manus iſt unbeſchränkte Befugniß an dieſer Sache, das nexum die beſtimmte einzige des Forderns ſolcher beſtimmten Sache, alſo die manus an dieſer Sache kann nur Einer haben, geſchuldet werden kann ein

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Solches von dem Einen an Alle. Die manus iſt ein dauernder Zuſtand, ſie entſteht um zu beſtehen, das nexum wird geknüpft um gelöſt zu werden. Die manus kann von Allen verletzt werden, alle haben die abſolute Verpflichtung, der Sache nichts zu thun; das nexum kann nur von der beſtimmten Perſon verletzt werden, ſie allein hat die beſtimmte Pflicht, dieſer Perſon Solches zu bringen, dare. Bei der manus iſt der Schutz an der Sache ſelbſt, actio in rem, beim nexum actio in personam.

§ 4.

IV. Die älteſten Rechtsgeſchäfte, deren Form und Inhalt.

Wirklicher Erwerb und Verluſt der beiden möglichen Rechtsverhältniſſe kann entweder geſchehen aus allerlei andern durch die allgemeine Sitte gebilligten Gründen oder durch Rechtsgeſchäfte, d. h. ſolche Verhandlungen und Beredungen, welche zum Zweck und Inhalt Rechtsverhältniſſe haben.

Rechtsgeſchäfte vornehmen können nur die patresfamilias, welche allein Rechte haben können. Jedes im Rechte beſchaffen wird genannt: lege agere, jure agere, agere, jubere, legare.

Was im Allgemeinen den Inhalt der Geſchäfte betrifft, ſo konnten ſie natürlich durchaus frei über ſich und das Ihrige vertragen, und belieben. Wie es ihnen nützlich ſchien, ſo war es auch Recht; denn das Intereſſe war hier ſehr gleichartig. Dadurch, daß dieſe privati, ſo weit ſie es nicht ſchon durch ihre aller Einzelnen ſtille Uebung, oder durch ausdrücklichen Gemeinbefehl in den beginnenden Verſammlungen der Tribus oder Centurien gethan haben, durch ausdrückliche private Rechtsgeſchäfte ihr Recht unter ſich machen, wie ſie wollen, dadurch iſt, wie es zum Begriff des reinen Privatrechts erfordert wird, das unter ihnen geltende Recht nicht bloß Privatrecht, welches unter und für privati gilt, ſondern auch durchaus ein von privatis gemachtes; nicht bloß ad privatorum utilitatem spectans, ſondern auch durchaus privatorum entweder tacita oder expressa voluntate conditum, und quod pactis privatorum immutari potest*).

---

*) § 4. I. de justitia et jure (I, 1) u. l. 38 D. de pact. (2, 14).

Den beſondern Inhalt betreffend, ſo konnte es, da es nur zwei Rechtsverhältniſſe oder Behältniſſe gab, in denen ſie Alle ſich und das Ihrige ſicher und bequem genug hatten, auch nur zwei Rechtsgeſchäfte unter Lebenden geben, durch deren eines eine manus, durch deren andres ein nexum geſchaffen oder aufgehoben wird, mancipium, manumissio oder nexum, solutum. So unter Lebenden (inter vivos). Auſſerdem konnte der paterfamilias aber noch auf ſeinen Todesfall erklären, wie es nach ſeinem Tode mit ſeiner ganzen familia, die er durch ſeinen Tod frei macht, gehalten werden ſoll, nuncupatio oder lex familiae.

Was nun auch beabſichtigt wurde, ſo mußte das von den Betreffenden ausdrücklich ausgeſprochen und befohlen ſein, nuncupatum, lectum, justum. Was befohlen war, galt durchaus, aber auch genau nur dieſes, strictum jus *). Das war ſo aequa omnium utilitas, alſo justum et aequum i. e. aequum jus. Denn man ſprach ſehr vorſichtig und umſichtig, und das war natürlich und leicht bei dieſen einfachen Verhältniſſen; und ſolches jus allein erhielt und übte wieder die Vorſicht und Umſicht, welche Allen nützlich und nöthig war, wo jeder ſein eigner Conſulent und Rechtsbeiſtand war.

Was die Mittel der Erklärung und Aufbewahrung des im Geſchäft erzielten Willens betrifft, ſo gebrauchte man, da das Schreiben oder Anderes nicht in allgemeiner und bequemer Uebung war, was immer zur Hand war, Zunge und Zeugen. Man pflegte lingua nuncupare, d. h. laut auszuſprechen**), was man wollte und beabſichtigte (id quod agebatur); ſo hörten die Zeugen was geſagt wurde, jus, legem, und wußten, was aus- und abgemacht, actum, war. Ihr Gedächtniß und Ausſage conſervirten es. Die Zahl der Zeugen richtete ſich nach den Umſtänden; man nahm wohl lieber zu viele als zu wenige. Nachdem in Gegenwart der Zeugen Alles ausdrücklich und umſtändlich beſprochen war, ſo pflegte man wohl die Einigkeit und das Ende des Handels noch durch ein beſonderes Zeichen anzudeuten, z. B. durch einen Zuſchlag, wie auf einer Verſtei-

*) Festus s. v. jubere. **) Festus s. v. nuncupare.

gerung oder dgl. Eine beſondere Veranlaſſung zu dieſem übrigens auch anderswo häufigen Gebrauch, welcher allgemein Einigkeit und Beendigung ausdrücken ſoll, lag in der ältern römiſchen Sprache, welche kein allgemeines, reines „Ja" kannte. In Beziehung auf die genannten äußeren Erforderniſſe des Geſchäfts war es ſchon früh, ſcheint es, allgemeine Sitte, nicht weniger als fünf Zeugen zuzuziehen, und den Schluß und die Einigkeit durch einen Zuſchlag mit einem Stückchen Erz (rauduscululm) an die Waage zu erkennen zu geben*). Die Waage war bei allen Geſchäften, da nicht leicht eines ohne Geld vorkam, immer zur Hand. Die libripendes, welche noch ſpäter vorkommen, mögen in dieſer älteſten Zeit Perſonen geweſen ſein, welche eine Waage zur Benutzung Andrer hielten: nicht unwahrſcheinlich der Anfang der ſpätern argentarii, damals aerarii. Nachdem das Recht des Geſchäfts declarirt war, wurden die Zeugen ausdrücklich gebeten, das Geſchehene nöthigenfalls zu bezeugen**).

Jedes Geſchäft alſo geſchah gleichmäßig durch eine ausdrückliche, mündliche Willenserklärung, nuncupatio, lex, mit aes und libra, und vor Zeugen. Auch hier die einfache Gleichförmigkeit, welche einer ſo jungen Republik gleich nützlich und unmittelbar eigenthümlich iſt.

Da es anerkanntes Recht iſt, daß die privati in ihren Rechtsgeſchäften ganz nach eignem Belieben verfahren, ſo findet nirgends eine öffentliche Beaufſichtigung irgend einer Art durch Volksverſammlungen oder Magiſtrate Statt. Dieſelbe war ebenſo unnöthig als unmöglich; denn ſo wenig dieſe Autonomen in der factiſchen Ausübung in ihrem Hauſe gegen das Ihrige ihre Gewalt misbrauchten, ſo wenig misbrauchten ſie dieſelbe hier im rechtlichen Verkehr gegen Fremde. Vorſicht und Klugheit war das Allgemeine, dieſe provocirt die Redlichkeit des Gegners und ſchützt gegen ſeine Unredlichkeit. Als der Misbrauch aus Unredlichkeit und Unkunde begann, provocirte dies die öffentliche Beſchränkung und Beaufſichtigung. Es iſt hier, wo das Recht ſich unmittelbar bildet, noch ein unmittelbares Recht Thun. Jeder wußte das Recht, denn es war wenig

*) Gaj. I, 119. Gaj. III, 174. **) Gaj. II, 104.

zu wiſſen; jeder that das Rechte, denn es war wenig Gelegenheit zum Unrechten; jeder gewährte ſtrenge und vorſichtig ſein Recht, die Hand des paterfamilias war gegen den Nachbarn feſt geſchloſſen; denn die Erhaltung des Lebens und der Mittel zum Leben war noch das einzige Ziel des Lebens; die eigne Kraft das Beſte, auf das man rechnen konnte.

V. Erwerb und Verluſt der beiden Rechtsverhältniſſe.

A. Unter Lebenden.

A. Manus.

1. Erwerb.

§ 5.

a) usus.

Wer eine Sache in der That (re ipsa et facto s. usu) recht hat, hat ſie auch dem Rechte nach. Es hat aber in der That derjenige die Sache recht, welcher dieſelbe ohne Unrecht zu haben anfing und die rechte Zeit hindurch recht hatte. Der Anfang iſt immer recht, wenn er die Sache nur nicht aus fremder Hand entwandt hat. Wer die Sache anderweitig erworben, kann wohl den guten Glauben, bona fides, haben, daß er dieſelbe recht habe. Denn fremde Sachen hüten und dem Herrn nachtragen braucht man nicht; ſie umkommen oder einem Andern laſſen, wäre unklug. Will der unachtſame Herr ſeine Sache behalten, ſo wird er ſie nicht vergebens bei mir ſuchen, wenn er zur rechten Zeit kommt.

Für die rechte Zeit erklärten die 12 Tafeln bei Grundſtücken 2 Jahre, für andere Sachen wurde 1 Jahr angenommen*). Während dieſes Zeitlaufs hat Niemand die rechte manus über die Sache; denn das iſt usus et auctoritas. Mittlerweile aber hat der Eine nur den usus, der Andere nur die auctoritas.

*) Cic. Top. 4. „Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium." Cic. pro Caec. 19. „Lex usum et auctoritatem fundi jubet esse biennium."

Hat der usus aber ohne Unterbrechung und unbeſtritten 1 oder 2 Jahre gedauert, ſo iſt er in der That ein rechter usus, d. i. Beſitz mit Eigenheit, mit Anfang, Urſprünglichkeit, auctoritas; denn nach dem Frühern wird nicht mehr gefragt. — Der usus iſt kein Erwerben, ſondern ein Haben, und der Habende iſt ſein eigner auctor.

So wenig als an den Dieb, ſo wenig kann man an den Fremden, hostis, durch deſſen noch ſo langen Beſitz ſeine Sache verlieren *), ſondern gegen ihn kann man beſtändig ſeinen Anſpruch geltend machen, aeterna auctoritas adversus hostem et furem; denn ſie können keinen rechten usus haben.

Alle Sachen, an welchen manus möglich iſt, ſind und bleiben in derſelben, wenn ſie in rechtem usus ſind. Alſo auch die Ehefrau, welche 1 Jahr ununterbrochen im Hauſe des Mannes war, iſt in ſeiner Familie und Gewalt **).

§ 6.

b) capere.

Wer ſich einer Sache bemächtigt, capit, welche jetzt Niemandes eigne iſt, aber ihrer Natur nach wohl Eigen ſein kann, z. B. eines wegen Unfruchtbarkeit derelinquirten Grundſtücks, der hat dieſe Sache natürlich ſogleich zu Eigen, weil Niemand ſonſt dieſelbe Sein nennen kann.

Bemächtigt man ſich einer Sache, an welcher keine rechte Gewalt möglich iſt, als Wild, Fiſche, vielleicht auch verlaufenes Heerdenvieh, ſo hat man dieſe, wie man ſie eben hat ***). Recht eigentlich kann man dieſe Sachen wegen ihrer unſteten Natur nicht haben, ſie deshalb auch Niemandem recht ſtehlen, oder ſie Jedem ohne Unrecht zu begehen nehmen.

---

*) Cic. de off. I, 12. „adversus hostem aeterna auctoritas.“

**) Gaj. I, 111. „Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat.“ Cic. pro Flacco 34. Gell. III, 2.

***) Gaj. III, 66. 67. 68. 69.

Was ſich erzeugt aus den Sachen, welche man in manu hat, hat man ſo gut, wie es der Gegenſtand zuläßt, wenn man es haben will, und dieſer Wille erkennbar iſt.

Wer eine Ehefrau hat, welche ihres Vaters Eigen geblieben iſt, hat an dem mit ihr gezeugten Kinde die manus und damit Vaterrecht, wenn er es als ſein ergreift.

c) Mancipium, Gewaltnahme durch Einhändigung von dem bisherigen Eigner.

§ 7.

1. Unbeſchränktes mancipium.

Die manus über ſeine Sache einem Andern übertragen, kann jeder, der die Sache jetzt in der Hand hat. Jener bekommt dann die Gewalt, manum capit, mancipit, indem dieſer die Sache hingiebt, venumdat, jener ſie empfängt, emit *) und gleichzeitig durch eine ausdrückliche Erklärung, lex, jus mancipii, ſeinen erworbenen Anſpruch ausſpricht.

1. Die Sache muß eine ſolche ſein, an welcher rechte manus möglich iſt. Bei nexus-Sachen, als Geld, Getreide oder Heerdenvieh u. dgl. geſchah kein mancipium; denn da die Folge deſſelben, actio in rem, hier nicht möglich iſt, iſt die Eingehung als unnöthig auch nicht in Anwendung **).

2. Die Sache, die von einer Hand zur andern gehen ſoll, muß natürlich gegenwärtig ſein ***), ſonſt könnte ſie ſo wenig vergeben als ergriffen werden.

3. Wer die Sache vergeben will, muß natürlich ſelber gegenwärtig ſein, ſonſt kann er ſie nicht vergeben.

4. Wer die Sache erwerben will, muß gegenwärtig ſein, ſonſt kann er ſie nicht ergreifen, weder mit der Hand, noch mit dem Willen. Stellvertretung durch einen Andern iſt rechtlich nicht möglich, weil ſie gegen die Natur iſt; ich für mich, er für ſich, das iſt natürlich. Aber ſehr wohl können

---

*) Festus s. v. „Emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere." Festus s. v. Redemptores „nam antiquitus emere pro accipere ponebatur." Varro de R. R. II, 10.

) Gaj. I, 120. *) Ulp. XIX, 6; Gaj. I, 121.

ſtatt der eigenen leiblichen Hände des paterfamilias die ergreif= und begreiffähigen Menſchen, die er Eigen, alſo ſo gut wie ſeine eigenen leiblichen Hände hat, Kinder ꝛc., für ihn erwerben, weil ſie eigentlich gar nichts anders ſind als die rechte Hand des Vaters, ſein erwerbthätiges Vermögen *).

5. Das mancipium enthält weſentlich auf einmal zweierlei, daß die Sache von des Einen Beſitz in den des Andern übergeht, jetzt in der That und zugleich rechtlich, d. h. für immer zu behalten (ut recte habere liceat). Beides muß venditor ſchaffen; den usus giebt er, und iſt deshalb nicht mehr ſchuldig, aber auctoritatis manet abnoxius; denn das zeigt ſich erſt ſpäter nach 1 oder 2 Jahren, ob die Sache ihm rechtlich gehörte. Auf den Fall des Nichtbehaltens läßt der emtor ſich den doppelten Werth verſprechen.

Die Beſitzübertragung ohne das jus wäre kein mancipium. Denn jener hätte noch die auctoritas, eben weil er ſie durch nichts verloren hat. Die lex ohne den usus wäre auch kein manus=Erwerben; denn manus iſt nicht ein bloßer Anſpruch, ſondern zugleich auch wirkliches Haben, auctoritas und usus: nicht bloß jus utendi, possidendi, ſondern zugleich possessio s. usus juris.

6. Die lex mancipii wird von dem Erwerber in Gegenwart des bisherigen Herrn und der gehörigen Anzahl von Zeugen geſprochen. Nachdem der bisherige Herr erklärt hat, ihm die Sache laſſen zu wollen, erklärt er die Sache für die ſeinige, es erfolgt die aere librae percussio und das Geſchäft iſt abgemacht**).

7. Der practiſche Zweck des mancipium, für welchen erworben wird, kann ſo verſchieden ſein, wie der Gegenſtand, welcher erworben wird. Der Rechtseffect iſt immer der eine und derſelbe: der venditor verliert durchaus alle Gewalt über die Sache, der emptor erwirbt dieſelbe unbeſchränkt und ausſchließlich; deshalb kam es nicht leicht vor, daß ein

---

*) Gaj. II, 86. 87.

**) Gaj. I, 119. Festus s. v. nuncupata. „Qui nexum facit mancipiumque uti lingua nuncupassit — — — ita jus esto.“

Kind in fremde Gewalt gegeben wurde. Denn es gab kein Mittel ihm Kindesbehandlung und Kindesrechte dort zu ſichern und nicht leicht einen Grund, ihm dieſe in der eigenen Familie zu nehmen. Es geſchah entweder nur zur Strafe oder aus Noth.

Wenn ein paterfamilias einem andern paterfamilias oder deſſen Sohne ſeine Tochter in die Ehe gab, pflegte er ſie in der Regel auch in die manus jener Familie zu geben. Hier konnte man ſich über ihr Schickſal beruhigen, denn die Ehe wurde einmal ſo heilig gehalten, hatte eine ſolche unmittelbare ſittliche Sicherheit, daß lange Zeit das Recht dieſelbe unberückſichtigt laſſen konnte. Nothwendig war es übrigens nicht, daß die heirathende Tochter aus der Gewalt und Familie ihres Vaters in die angeheirathete Familie trete. Geſchah ein ſolcher Uebertritt aber, ſo war ſie von ihrer angebornen Familie durchaus los, bekam aber in der neuen Familie in allen Beziehungen gleiches *), in einigen beſſeres Recht, als die Kinder, deren Mutter ſie war. Sie wurde gehalten wie eine Tochter ihres Ehemannes. War der Ehemann paterfamilias, ſo hatte er die manus über ſeine Frau, war er aber ſelbſt noch in manu patris, ſo hatte der Vater die Gewalt auch über des Sohnes Frau, wie über eine Enkelin. Starb hier der Vater, ſo erbte der Sohn die manus über ſeine Frau.

§ 8.

2. Beſchränktes mancipium.

So natürlich und gut auch in der Regel das abſolute Eigenthum iſt, ſo kann es doch Fälle geben, in denen jeder noch ſo ſorgfältige Haushalter es richtig finden mußte, von dieſer Abſolutheit abzuweichen. Die möglichen Abweichungen ſind: 1) daß ſtatt des ungetheilten Gebrauchens und Habens ein Anderer gleichzeitig am Gebrauche Theil nimmt, alſo daß die Sache, welche mein iſt und bleibt, zugleich auch einem Andern dient, servit, servitus rei, oder 2) daß ſtatt des ewigen Rechts eine zwar ausſchließliche, aber nur zeitige Gewalt übertragen,

---

*) Gaj I, 113. 115. — „qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam jus filiae nancisci.“

die Sache hingegeben wird unter dem Vertrauen, daß man wieder zurückbekommen werde, datur, duitur sub fide, fiduitur, Hingabe zur treuen Hand, fiducia. Dieſe beiden möglichen Abweichungen geſchehen auch wirklich.

§ 9.

a) Fiducia.

Der practiſche Zweck war z. B. eine einzelne Sache oder meine ganze Familie zur Aufbewahrung meinem Freunde hinzugeben *), etwa wegen Abweſenheit; oder ich wollte ihm eine meiner Sachen zum unentgeltlichen oder entgeltlichen Gebrauche überlaſſen, ich wollte ihm meine Sache geben, um mir an derſelben etwas zu machen oder zu beſſern, oder ich wollte ihm die Gewalt geben über die Sache, mandare, um irgend Etwas mit derſelben für mich auszurichten, oder ich wollte ihm eine von meinen Sachen, eine bewegliche oder unbewegliche zu Händen geben, damit er ſich an ſie halte für eine Schuld, zu der ich ihm nectirt bin, ich wollte verpfänden **), d. i. ihm die Sache ſicher machen, wo ihm meine Perſon nicht ſicher ſcheint.

In allen dieſen und ähnlichen Fällen, welche auch bei dieſem ſehr geringen Verkehr nicht ganz fehlten, war mit einem gewöhnlichen abſoluten mancipium nicht zu helfen, gleichwohl war eine Uebertragung der Sache in die rechte Gewalt unentbehrlich; denn ohne dieſe konnten alle bezeichneten Zwecke nicht erreicht werden. Der Empfänger konnte die Sache nicht ſchützen, nicht als Pfand halten, wenn er ſie nicht vor Allem gegen Jedermann behaupten konnte, adserere manu (scil. alterius), adserere manum (scil. propriam). vindicare i. e. venum - dicere i. e. abdicere (ab altero). Alſo man gab unter Treu und Glauben der Rückgabe in die rechte Gewalt, fiducia. Damit war der Zweck halb erreicht, nämlich Halt und Sicherheit für den Empfänger, aber noch nicht der Rückhalt des Gebers; denn an was ſollte er ſich halten? An die Sache unmittelbar? Dieſe iſt ja deſſen, dem er ſelbſt ſie gegeben, und bleibt deſſen, bis er ſie zurückgegeben. An die Perſon wegen die-

*) Gaj. II, 60. **) Gaj. II, 60.

ſer Sache? Die Perſon kann nichts von ihrem Eigen ſchuldig ſein. Die Sache, welche aus der Hand gegeben, iſt auch aus dem Anſpruch gegeben, und wegen der Sache ſelbſt hat er keine andere Sicherheit, als die Treue (fides) des Empfängers; aber das iſt keine rechte Sicherheit. Der Perſon und ihrem Willen könnte man vielleicht trauen, aber nimmer dem Zufall. Wie wenn der anvertraute Sclave ſtürbe? Dann kann er ihn ja mit dem beſten Willen nicht wiedergeben. Es bleibt nur übrig, daß ihm die Perſon des Empfängers wegen einer andern zahlbaren Sache ſicher werde, und Jeder, welcher eine Sache sub fide restitutionis in Gewalt bekommt, nectirt ſich auf den Fall, daß er ſie nicht wiedergebe (non exhibita fide) in Geld oder Geldesgleichen das Doppelte ihres zuvor beſtimmten Werthes zu geben. Dieſes nexum der Perſon geſchah urſprünglich natürlich bei jeder fiducia ausdrücklich, und wurde deshalb ſpäter natürlich von ſelbſt als vorhanden angenommen.

Das nexum geſchah neben der fiducia. Dieſe ſelbſt iſt ein gewöhnliches mancipium, der emtor erwirbt die Sache durchaus, iſt allein wahrer Herr, er kann vendere, manum adserere, bis er zurückgiebt in die Hand des Gebers.

Der venditor, der die Sache gab, kann nur agere in personam auf das verſprochene duplum, wenn und wann ihm die Sache nicht zur gehörigen Zeit gegeben wird. Das Geben der Sache iſt nicht direct klagbar, ſondern iſt nur die Bedingung der rechtlich, d. h. actione (Recht oder actio haben iſt daſſelbe) allein exiſtirenden Verbindlichkeit, die lege nexus beſtimmte Summe zu zahlen. Nur ſo viel als ausdrücklich in der lex beſtimmt iſt, iſt zu fordern und zu zahlen, iſt unbedingt, ſchlechthin, zu zahlen, auf allen Fall. Ob er nicht wiedergeben kann oder will, iſt gleich. Man will ein Recht haben, d. h. recht, ſicher haben, alſo ohne Einwendungen.

Es iſt bemerkt worden, daß man nicht leicht, auſſer der Ehe halben, ſeine Kinder in fremde Gewalt veräußerte. Fiducia aber gab man auch wohl ſeine Kinder, und zwar auf verſchiedene Veranlaſſung; um dem Gläubiger als Geiſſel und Pfand für eine Schuld zu haften, oder zum Abverdienen einer Schuld durch Arbeit, namentlich einer durch ihre Schuld veranlaßten Schuld,

oder um ſich und ihrem Vater den nöthigen Unterhalt zu verdienen. Die Kinder waren das Vermögen, Mittel des Vaters, nicht beſſer als die andere familia. Die 12 Tafeln verordneten, daß ein Vater ſein Kind nicht mehr als *dreimal* verkaufen ſolle (denn eine emtio und venditio iſt die fiducia); habe er, einerlei auf welche Veranlaſſung, *dreimal* den Sohn weggegeben, ſo ſolle dieſer nun des Vaters ledig ſein „si pater filium *ter* venumduit, filius a patre liber esto“ *).

§ 10.

b) Jura praediorum.

Durch die volle Strenge der *Ausſchließlichkeit* fühlte ſich zuerſt das allen gemeine Intereſſe des Ackerbaus allgemein genug beeinträchtigt. Alſo ſetzte man die Regel, welche ja nur des gemeinen Nutzens wegen da war, ſo weit bei Seite, daß der Ackerbau, das höchſte Intereſſe Aller, ſein volles Recht bekam. Obgleich dafür geſorgt war, jene Regel zu conſerviren, z. B. dadurch, daß die Grundſtücke nie hart an einander gränzten, ſondern Streifen von wenigſtens 5 Fuß dazwiſchen liefen, um als Wege zu dienen, damit keiner nöthig habe, über fremden Acker oder durch ein fremdes Haus zu gehen, ſo reichte das doch nicht aus.

Es zeigte ſich doch auſſerdem dringendes Bedürfniß zu Wegen über fremde Aecker, oder zu andern Benutzungen fremden Landes, z. B. des Waſſers, der Weide, der Erde, des Holzes oder anderer Erzeugniſſe deſſelben. Der eine *entbehrte* ſie, aber *gebrauchte* ſie nothwendig, der andere hatte ſie im reinen Ueberfluß, inutiliter. Da fanden nicht etwa bloß dieſe betheiligten Nachbarn, ſondern Jeder, der ſich in ihre Lage verſetzte, es beiderſeits vernünftig und klug, daß dem Bedürftigen ein dauernder Gebrauch jenes Ueberfluſſes für einen angemeſſenen Preis abgeſtanden würde.

Das Verhältniß machte ſich nun ſo zu Recht, daß, da es ſich um eine manus-Sache handelte, jede *Pflicht der Perſon vermieden* wurde. Der *Herr* des dienenden Grundſtücks durfte nie zum Geben oder gar zum Thun kommen. Aber es wurde

*) Ulp. X, 1.

auch nicht eigentlich der fremden Perſon ein Recht auf eine fremde Sache geſtattet, ſondern dem bedürftigen Grundſtück ſelbſt wurde aus dem überreichen Grundſtück deſſen Ueberfluß einmal für immer dauernd hinweg und abgegeben, venumdabatur, ſo daß der Reſt dem Geber unverkürzt und ausſchließlich blieb, und der Empfänger nur ſein eignes Grundſtück dauernd vergrößert hatte. Nur wo die Natur es vorſchrieb, nicht willkührlich wurden ſolche Dienſtbarkeiten rechtsbeſtändig ertheilt. Nur bei Bedürfniß auf der einen Seite, und entſchiedenem Ueberfluß auf der andern Seite, und wenn die Grundſtücke benachbart waren. Es iſt die richtige Auffaſſung des landwirthſchaftlichen wahren Verhältniſſes dieſer beiden Grundſtücke an ſich und zu einander. Wer erworben hat, hat das Erworbene als ein untrennbares Stück ſeines Grundſtücks in dieſes hineinerworben; und wer auch das Grundſtück ſpäter hat, hat mit demſelben alſo auch dieſe Eigenſchaft deſſelben. Er hat es in derſelben manu, in welcher das Grundſtück iſt, an dieſes hält er ſich, agit in rem, und hat mit keiner Perſon weiter zu thun, denn praedium praedio servit.

Die Errichtung ſolches Rechts iſt alſo ein mancipium, durch welches nicht das fremde Grundſtück oder ein körperlicher Theil, ſondern nur ein beſtimmter Gebrauch deſſelben vergeben und erworben wird.

§ 11.

2. Verluſt der manus.

Verloren iſt Einem die Gewalt an der Sache, 1) wenn die Sache untergeht; 2) wenn er die Sache einem andern überträgt; 3) wenn er die Sache ohne dies aus der Gewalt läßt, linquit, manu mittit.

Dem Rechte nach konnte der Herr dieſes mit allen Sachen thun, alſo auch mit den Kindern und andern Menſchen. Es war aber keine Sitte, Kinder zu manumittiren, ſo wenig als ſie gänzlich an einem Andern zu veräuſſern. Es wäre eine Verſtoßung geweſen.

Die Pflicht, die Kinder ihrentwegen zu behalten, iſt

hier in der Unmittelbarkeit Eins mit dem Recht, ſie ſeinetwegen zu behalten.

Wohl aber pflegte man aus verſchiedenen Motiven gekaufte und gefangene Fremde frei zu laſſen, manu mittere, i. e. e manu dimittere.

B. Nexum, nexus.

1. Entſtehung.

§ 12.

a) Durch Unrecht, delicto.

Es thut Recht, und iſt Niemandem ſchuldig, wer den Andern und das Seinige in Frieden läßt. Wer aber delinquit, der verbindet ſich, ſein Unrecht, injuria, wieder recht zu machen. Das Unrecht kann begangen werden gegen das Vermögen, wenn man der Perſon nicht läßt, was ſie hat, und gegen die Perſon, wenn man ſie nicht läßt, wie ſie iſt und bleiben will. Der Perſon ganz allein gehört ihr Leib und Gut, ihr allein thut man an beiden Unrecht, alſo nur ihr wird man ſchuldig, (privata actio in poenam privatam).

(Furtum).

Das iſt das Unrecht an dem Vermögen, daß Jemand eine in fremdem Recht und Beſitz befindliche Sache aus dieſem ohne Willen des Herrn entfernend, ferens, ſich aneignet. Es kann wegen der nöthigen Entfernung nur an einer beweglichen, aber an allen beweglichen Sachen geſchehen, an Nexusſachen: Geld, Vieh; Manusſachen: Frau, Kinder, Sclaven*). Der Thäter iſt fur, die Handlung und das Object deſſelben heißt furtum.

Durch das furtum wird der Thäter für ſeine Perſon der Perſon ſchuldig, alſo in Geld und Geldesart, pecunia, das Doppelte des Werths, den der Beſtohlene beweiſt, zu erſtatten. Es iſt dieſelbe Talion wie bei der fiducia, wenn dieſe nicht reſtituirt wurde.

Wird der Dieb von dem, dem er die Sache aus der Hand nimmt, ertappt, ſo iſt das ein handhafter Diebſtahl, mani-

*) Gaj. III, 199.

festum furtum*). Der Dieb iſt in des Beſtohlenen Gewalt und ſoll es auch dem Rechte nach ſein. Dieſer kann manum injicere, ſich des Diebes bemächtigen und ihn behalten**). Tödten darf er ihn aber doch nur, wenn es Nacht iſt, bei Tage nur, wenn er ſich mit Waffen vertheidigt***). Entwiſcht der ertappte Dieb, ſo beweiſt er im Gericht die That, und der Dieb wird durch Rechtſpruch ſein eigen†). Urſprünglich mag nur der als fur manifestus angeſehen ſein, der dum contrectaret apprehenderetur, ertappt, ergriffen wurde. Später aber galt: wer entdeckt wird, indem er ſtiehlt, iſt fur manifestus. Wie lange ſtiehlt er? Die 12 Tafeln erklärten: furtum manifestum ſei nicht bloß, quod conciperetur, dum contrectaret fur; nicht bloß, quod eo loco i. e. domo, horto, agro, ubi fieret; nicht bloß, quod donec perferret eo fur, quo perferre destinaverat, conciperetur, bis er es in ſein Gewahrſam gebracht, ſondern auch noch das, was lance et licio conceptum sit, d. i. in, s. cum lance et licio conceptum, d. h. was noch im Korbe, Sack, überhaupt in dem Werkzeuge oder der Veranſtaltung des Tragens und Verbergens gefunden wird. Denn ſo lange dauert noch das Stehlen, das zu Eigen Machen, denn der Dieb hat noch nicht angefangen die Sache als ſein Eigen zu haben, d. i. zu gebrauchen††).

Beſonders iſt noch der Fall hervorgehoben, wo jemand fremde Bäume (furtim, clam) heimlich fällt oder behaut. Auch hier wird der Thäter verpflichtet, das Doppelte zu zahlen.

Wer einen fremden Balken verbaut, wird ſchuldig ihn mit dem Doppelten zu bezahlen. Aber der Balken ſoll nicht ausgelöſt werden.

Pauperies iſt eine bloße Verärmerung, Beſchädigung durch ein vierfüßiges Vieh, alſo kein Unrecht, und wird nicht doppelt, ſondern einfach vergütet, oder mit Hingabe des Thiers geſühnt.

---

*) Gaj. III, 184. **) Gaj. III, 189. ***) Gell. XI, 18.
†) Gaj. III, 189. ††) Gaj. III, 192; Gell. XI, 18; Gaj. III, 194.

(Injuria.)

Das iſt omne quod non jure ſit, alles, was Unrecht iſt gegen die Perſon, unmittelbar an ihrem Leibe, oder mittelbar an ihrem Vermögen, ohne Entwendung aus demſelben.

Die älteſten, im Weſentlichen vielleicht ſchon früher gültigen Verfügungen gaben die 12 Tafeln *). Für ein membrum ruptum, Benehmung eines Gliedes, ſoll die Strafe der Wiedervergeltung gelitten werden; die aber nur der Beleidigte fordern, alſo auch erlaſſen kann. Für ein os fractum aut collisum eines Freien werden 300, eines Sclaven 150 Aſſe bezahlt, für jedes andere Unrecht 25 Aſſe. Der abſolut beſtimmte Strafſatz, iſt die anfängliche abſolute beziehungsloſe Gerechtigkeit.

(Ueber die delicta derjenigen, die in fremder Gewalt ſind.)

Iſt der Beſchädiger, noxius, keine Perſon, ſondern eines Herrn Eigen, ein filius, Sclave, Thier, ſo hält ſich der Beſchädigte an das caput noxium. Wenn der pater die noxa des in ſeinem patrimonium Befindlichen heilt, noxam sarcit, ſo iſt der Thäter gelöſt. Entſchädigt er nicht, ſo zieht der Beſchädigte das caput noxium in ſeine Gewalt, entweder gerichtlich, manum in jure adserit, vindicat, oder der Herr giebt es ihm freiwillig per aes et libram, durch ein gewöhnliches mancipium **). Es konnte auch fiducia geſchehen, ſo daß wenn der Beſchädiger nach beſtimmter oder unbeſtimmter Zeit ſeine Schuld durch Arbeit abverdient haben würde, er wieder an den Vater zurück gegeben werden ſollte.

§ 13.

b) Verbindlichkeit durch Vertrag, nexu, s. per aes et libram; nexus im engern Sinn.

Vertrag, Verpflichtung, nexum oder nexus iſt das Rechtsgeſchäft, durch welches Einer ſeine Perſon an einen Andern verbindet, ligatur, obligatur, nectitur, zum Geben einer nexi-

---

*) Gaj. III, 223; Festus s. v. talionis; Gell. XX, 1.

**) Gaj. IV, 75 ff. 79.

beln, leiſtbaren Sache. Er iſt ſchuldig, muß, est nexus, debet sc. dare, debitor; jener traut, credit sc. dari: creditor.

1) Nur ein paterfamilias kann ſich verpflichten. Er kann es wie er will *); denn über ſeinen eignen Leib muß er ſo gut unumſchränkter Herr ſein, wie über ſein Vermögen. Nur er kann ſich verpflichten; denn nur er hat etwas zu vergeben.

2) Nur einem paterfamilias und nicht einem filiusfamilias; denn nur ein pater kann agere in jure.

3) Nur der paterfamilias, welcher geſprochen, d. i. verſprochen und vertragen hat, iſt verpflichtet. Alſo: a) Nicht ſein Vermögen; denn das Vermögen kann nicht ſchuldig ſein zu geben; denn es kann nicht geben. b) Nicht eine andere Perſon, denn es iſt gegen die Natur, daß der Andre den Andern verpflichte, und niemals recht nöthig.

4) Nur dem, welchem er verſprochen hat.

5) Denn nur, weil er ihm zugeſagt hat.

6) Alſo nur ſo, wie und was geſagt iſt, iſt Recht, quod jussum est, jus est. Der Creditor hat das Vertrauen, fides, daß das jussum ſtricte erfüllt und gehalten werde, und der Debitor, daß ihm nicht mehr zugemuthet werde. Das hat die höchſte Nützlichkeit unter vorſichtigen, die höchſte Billigkeit und Gerechtigkeit unter rechten conſequenten Männern; denn juri i. e. iussis stare est constantis, est justitia, ein Wort ein Mann.

7) Nichts Anderes, als dari certam pecuniam **) kann bei einem nexum betrieben werden. Nicht ein praestare, nicht ein dare einer Familien-Sache; denn ſoll das Vermögen Vermögen ſein, ſo muß es frei ſein; nicht ein facere, Arbeiten. Die Perſon darf noch weniger unfrei ſein, als das Vermögen; denn iſt doch die familia grade nur deshalb frei, weil ſie mit der Perſon, dem Freien, in Eins verwachſen iſt.

---

*) Festus s. v. Nuncupata. „Qui nexum facit mancipiumque, uti lingua nuncupassit — ita jus esto."

**) Gaj. III, 175. „De eo tamen tantum potest hoc modo liberari, quod pondere, numero constet; et ita si certum sit, quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant."

8) Da nicht die certa pecunia, ſondern das dare debere der verſprechenden Perſon der rechte Gegenſtand des zu erwerbenden Anſpruchs iſt, ſo braucht nicht die zu gebende pecunia, muß aber die zu verpflichtende Perſon gegenwärtig ſein *).

§ 14.

2. Löſung des Nexum.

So wie die Perſon durch die verſprechende Zuſage gebunden wird, ſo wird ſie durch die entſprechende Losſage gelöſt. Das bloße Empfangen von Geld kann nicht zur Widerzahlung deſſelben verbinden; das bloße Zahlen von Geld nicht befreien von der Schuld ſolchen Geldes. Gegen alle Sitte und Recht wäre auch der Leichtſinn des Debitor, welcher die Rückzahlung eines Darlehns zuſagte, welches er nicht zugleich zugezahlt bekäme, oder zurückzahlte, wenn er nicht ſofort losgeſagt würde **). Gleich unrecht der Leichtſinn des Creditor, welcher auszahlte, ohne daß der Debitor zugleich die Rückzahlung zuſagte, oder losſagte, ohne daß ihm zugleich zurückgezahlt würde.

Als das Rechte, Weſentliche werden mit Recht die Worte, verba, lex, jus nexi betrachtet; denn nur durch das deutende Wort wird die an ſich undeutliche Thatſache und der verborgene Wille recht deutlich, deutlich Recht.

Aber nur derjenige wird recht und zu Rechte zu wollen und zu ſprechen angeſehen, welcher nicht nudis quibuscunque verbis,

---

*) Festus s. v. Nexum. „Nexum est, ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio. Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur." Varro de L. L. VI, 5: „Nexum Manilius scribit, omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius Scaevola, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam quae mancipio dentur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur."

**) Liv. VI., 14. „Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit."

ſondern ſo ſpricht, wie es ſich in Recht und Ernſt geziemt, vor rechten Zeugen, und mit dem hellen, feſten, gleichſam ehernen Worte des aes et libra. Die Perfection des nexum geſchieht durch die lex des Creditor; die Perfection des solutum durch die lex des Debitor *). Die Römer hielten den geſchloſſenen Vertrag ſo gewiſſenhaft, wie die Deutſchen oder irgend ein anderes Volk, aber ſie waren vielleicht gewiſſenhafter als alle anderen in der Annahme eines Vertrages.

B. Im Fall des Todes.

§ 15.

A. Theilung der Familie nach dem Herkommen.

Wenn der Herr ſelbſt durch den Tod aufhört, ſo hört auch ſeine Herrſchaft über die Familie auf. Die Söhne, die früher ſein waren, werden jetzt ihr Eigen, sui und heri, heredes der Familie.

Die sui heredes werden natürlich Herrn im Augenblick des Todes des Vaters; denn den Beſitz, den bisher der Vater durch ſie hatte, haben ſie jetzt für ſich ſelbſt, und den Willen zu haben, hatten ſie von jeher. Sie behalten in ihrer Gewalt als ihre Familie: ihre Söhne, Enkel, Frauen und die anderen nicht verwandten Menſchen der Familie.

Wenn mehrere Söhne da ſind, ſo theilen ſie die Familie in ſo viele Stämme und Zweige, stirpes, als ihrer da ſind **).

Wenn keine Kinder da ſind, denen der Tod die Familie giebt, ſo iſt dieſelbe im Moment des Todes ohne Herrn und Beſitzer und kann von jedem rechtmäßig und ohne Diebſtahl in Beſitz genommen werden; denn man ſtiehlt nur, was man einem Andern nimmt. Der Beſitznehmer iſt ſofort auch Herr, wenn niemand da iſt, der einen Anſpruch auf den Nachlaß hatte. Sind aber auch derartige Berechtigte da, ſo

*) Gaj. III, 174. „Quod ego tibi tot millibus eo nomine..... solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremam ....“

**) Ulp. XXVI, 1, 2. Gaj. III, 1—8.

kann er doch durch einjährigen usus den Nachlaß erwerben*).

Die Erbberechtigten ſind aber die Seitenverwandten des Verſtorbenen, welche von zweierlei Art ſind: **)

1) agnati d. h. ſolche, mit denen der nun ablebende paterfamilias noch wirklich in einer familia gelebt und unter einer manus geſtanden hat, welche nur durch den Tod ihres gemeinſchaftlichen Vaters in verſchiedene Familien zerfallen iſt***).

2) gentiles d. h. ſolche Seitenverwandten, mit welchen der nun Ablebende, defunctus, zwar nicht in einer Familie gelebt und unter einer Gewalt wirklich geſtanden hat, aber doch gelebt und geſtanden haben würde, wenn nicht der gemeinſchaftliche Stammvater vor eines von beiden Geburt geſtorben wäre****).

Zunächſt fällt, wenn keine sui da ſind, dem nächſten Agnaten oder den nächſten Agnaten; wenn keine Agnaten da ſind, den nächſten Gentilen der Nachlaß an.

Beide erwerben, da der Tod ihnen, den außerhalb der Familie befindlichen nur den Anſpruch geben kann, die Klage erſt durch die Erklärung erben zu wollen; die wirkliche manus über die Familie erſt durch die Ergreifung des Beſitzes, welchen ſie ſich ſelbſt verſchaffen müſſen; es wird ihnen noch keine öffentliche Hülfe angeboten.

Nachlaß, familia iſt Alles, was mit Händen zu greifen iſt, familia pecuniaque, aber nur dieſes. Der Verſtorbene ſelbſt und was ſeinem Selbſt anhänget, gehet mit ins Grab.

---

*) Gaj. II, 52—54.

**) Ulp. XXVI, 1. Gaj. III, 9. 10.

***) L. 195 § 1. 2. D. d. V. S. „Communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent; tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt."

****) Cic. Top. c. 6. „Gentiles sunt, qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenius oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Qui capite non sunt minuti. Hoc fortasse satis est; nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse."

Seine nexa, in denen er ſchuldete und er forderte, aus welcher causa ſie auch entſtanden ſein mögen, ſind durch den Tod natürlich, alſo natürlich auch rechtlich gelöſt, soluta. Wer nicht iſt, kann nicht fordern; wer nicht iſt, kann nicht zahlen. Frei wie ſie im Leben war, bleibt die Familie im Tode; ſie war niemals Schuldner und niemals Gläubiger, und es iſt nichts eingetreten, wodurch der Erbe das Eine oder das Andere hätte werden können. Die Perſon, welche die familia erwirbt, heißt heres, familiae emtor *).

(Vormundſchaft.)

Wenn aber unter denen, welche durch den Tod des natürlichen Herrn ſelbſtſtändig und Haupt einer eignen Familie werden, Einer iſt, der wegen Gebrechlichkeit des Alters, impubes, oder des Geſchlechts, femina, oder Geiſtesgebrechen, furiosus, ſich und das Seinige nicht wahren und vertheidigen kann, ſo iſt es natürlich und auch Recht, daß die Agnaten oder in Ermanglung dieſer die Gentilen ſich deſſen zu Schutz und Aufſicht (tutela, custodela, cura) annehmen dürfen oder annehmen müſſen, genug annehmen; in der Unmittelbarkeit der Natur iſt das Müſſen und Dürfen nicht zu unterſcheiden **).

Dieſer Schutz dauert ſo lange als der Grund deſſelben vorhanden iſt.

1) Die Weiber, weil ſie beſtändig Weiber bleiben, bleiben auch beſtändig unter der tutela.

2) Die impuberes bleiben ſo lange bis ſie puberes werden bevormundet. Der Eine wird früher erwachſen als der An-

---

*) Festus s. v. Redemtores. „Nam antiquitus emere pro accipere ponebatur“; s. v. „emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro snmere.“

**) Ulp. XI, 1. „Tutores constituuntur tam masculis quam feminis. Sed masculis quidem impuberibus dumtaxat, propter aetatis infirmitatem; feminis autem tam impuberibus quam puberibus, et propter sexus infirmitatem et...“ — Gaj. I, 144. 156. 196. Ulp. XI, 3. Ulp. XII, 2. Cic. de invent. II, 50. „Si furiosus est, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.“

dere. Erfinden ſeine Tutoren ihn pubes, ſo entbinden ſie ihn von der ferneren Tutel.

3) Die furiosi bleiben ſo lange unter der cura, custodela, bis ſie vernünftig werden.

Dieſe Erbfolge, von der Natur angegeben, durch die Uebung und Gewohnheit als die allgemein gebilligte erkannt, wurde zuerſt erklärtes Recht durch die 12 Tafeln.

§ 16.

B. Letztwillige Verfügung des Herrn über die Familie.

Die Gewalt über die Familie dauert bis zum Tode; alſo ſo lange der Herr lebt, kann er auch wirkſam verfügen, was nach ſeinem Tode aus der Familie werden ſoll. Er kann ſeine Sachen denen entziehen, welchen ſie nach der lex publica zugekommen wären, und dem geben, welcher ſie danach nicht bekommen hätte. Er kann die Freiheit derer verhindern, welche nach der lex publica dieſelbe bekommen hätten, und kann Alle frei machen, die es nach dieſer nicht geworden wären. Wie er befohlen, ſo iſt es recht *).

Die letztwillige Verfügung konnte demnach enthalten:

1) den Antrag der manus über die ganze Familie oder einen Theil oder einzelne Stücke derſelben.

2) den Antrag der tutela oder cura.

3) Freilaſſungen von Menſchen, manumissiones.

4) Auszahlungen aus dem Inhalt der Familie, nexa, und zwar a) die Schulden, die er ſelbſt hatte, und die dem Rechte nach erloſchen wären, konnte er jedem, der etwas von der Familie bekommen hatte, jedem familiae emtor, auflegen, und ſo ſeinem Gläubiger das Schuldige zuwenden, debitum legare, was ein rechtlicher Mann nie unterließ; b) oder er konnte ſeinem familiae emtor auflegen, Jemandem, dem er ſelbſt nichts ſchuldig war, Etwas auszuzahlen, damnare heredem **).

---

*) Ulp. XI, 14. „Uti legassit super pecunia tutela suae rei, ita jus esto." Gaj. II, 224. „Uti legassit suae rei, ita jus esto." L. 120 D. de V. S. „Verbis legis XII tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto."

**) Gaj. II, 103. Namque olim familiae emtor, id est, qui

5) Seine Forderungen konnte der Erblaſſer nicht von ſich losreißen, um ſie einem Andern, dem Erben zu geben; aber ein ehrlicher Mann zahlte von ſelbſt, was er einem ehrlichen Todten ſchuldete, einem ehrlichen Erben.

Wie und was der Erblaſſer will, erklärt er, legat, jubet in rechter Weiſe mit aes et libra, indem er ſeinen Nachlaß ausbietet, vendit familiam. Nachdem er geſprochen, erklärt der, welcher die Familie bekommen ſoll, familiae emtor, daß er dieſelbe ſo annehmen wolle, wie ſie ihm angeboten ſei, ſo daß der Erbe zum Geben desjenigen, deſſen er durch den venditor damnas geworden, nur verpflichtet wird, weil er durch ſein ausdrückliches Wort ſich verpflichtet hat *).

Durch dieſe emtio venditio familiae erwirbt weder der emtor noch der venditor ſofort ein Recht oder eine Pflicht. Denn dieſelbe iſt kein mancipium und kein nexum. Der venditor kann ſeinen Antrag zurücknehmen; denn ſeine lex ſagt nicht, daß er die Familie gebe, ſondern nur, daß wenn er ſie gebe, er ſie ſo gegeben haben wolle, wie er jetzt geſagt; aber er kann ſich eines Andern beſinnen, ſo lange er lebt, denn um den letzten Willen handelt es ſich. Der emtor kann die Annahme verweigern, denn ſeine lex heißt nicht, daß er nehmen wolle, ſondern nur, daß, wenn er annehmen werde, er ſo annehmen wolle, wie ihm angetragen.

Wenn aber der venditor des ausgeſprochenen Willens verſtirbt, ſo trägt ſein Tod dem emtor den Nachlaß an, delatio; wenn der emtor ſich jetzt erklärt anzunehmen, ſo hat er ſo angenommen, wie ihm angetragen iſt. Seine damnationes beginnen und Er kann hereditatem, familiam vindicare, petere.

Die genaue Anwendung der Form wurde von jeher erlaſſen bei letztwilligen Verfügungen im Felde oder auf Feldfuß, in pro-

---

a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet.“

*) Gaj. II, 104.

cinctu *). Da galt der Wille, wie er auch ausgeſprochen und wie er auch behalten ſein mochte.

Die ganz unbeſchränkte Gewalt über die Familie alſo im Leben und im Tode erkennen die 12 Tafeln an in den beiden Geſetzen: „uti legassit suae rei ita jus esto“ und: „qui nexum facit mancipiumve uti lingua nuncupassit, ita jus esto,“ und enthalten darin einen rechtlichen Naturſtand, den Naturſtand in dem Daſein der Unbeſchränktheit, das Recht in der Anerkennung und Sicherung derſelben — ein rein natürliches Recht, einen Anfang des Rechts.

VI. Das gerichtliche Verfahren, Actio.

§ 17.

Weſen und Arten deſſelben.

Das Weſen eines rechtlichen Verfahrens, durch welches erſt ein Streit zum Rechtsſtreit wird, iſt, daß die Streitenden ſich dem Urtheil eines Dritten fügen und auf deſſen Hülfe rechnen können. Hier in den erſten Anfängen einer Rechtsordnung findet ſich beides noch mit einer ſtarken Beimiſchung von Nöthigung und alſo auch Berechtigung zu eignem Urtheil und eigener Hülfe.

Urſprünglich ſollten die Plebejer in Rom unter dem Vorſtand ihres Patrons Recht nehmen; aber das fanden ſie Unrecht, und unterwarfen ſich lieber gewählten Schiedsmännern aus ihrer Mitte, welche mehr Befähigung zu rechtem Urtheil, und weniger Gelegenheit zu unrechter Macht hatten. Servius Tullius gab ihnen Recht, und durch Einſetzung plebejiſcher Richter in Privatſachen ein eigenes Gericht **), welches ſie vielleicht bis an die 12 Tafeln behielten.

Damit war allerdings wohl eine allgemeine Nöthigung zu Recht zu ſtehen, aber die wirkliche Unterwerfung unter einen beſtimmten Richter entſtand ſicher erſt durch den Vertrag, ihm ſich unterwerfen zu wollen.

---

*) Gaj. II, 101.

**) Dion. IV, p. 228 u. 229.

Die Aufforderung dazu geſchah von dem Kläger ſelbſt an den Beklagten ſelbſt; und wenn der rechten, d. i. bezeugten Aufforderung ohne rechte Entſchuldigung in keinerlei Weiſe genügt wurde, ſo legte der Kläger Hand an ſeinen Gegner, manum injiciebat; das wurde ihm nicht verargt, (sine fraude).

Mochte er nun ſeine Sache, die ihm abhanden war, verfolgen (rem persequi, in rem agere), oder was ihm geſchuldet wurde, eintreiben wollen (exigere, agere in personam,) ſo war in beiden Fällen in der That ein kurzer Proceß.

§ 18.

A. In rem actio.

Da zieht ſich die Sache in folgender Weiſe zu Recht und Gericht.

Agerius ſieht ſeinen Sclaven beim Negidius, und ſpricht zu ihm: „Ich ſage dieſer Mann iſt mein, Jahre lang in meinem Beſitz, und ich nehme ihn dir." Hunc hominem in manu mea esse usu ajo, et ita eum duco. — Negidius antwortet: „Halt, er iſt mein, ich habe ihn geſtern recht erworben vom Sempronius, und ich laſſe ihn nicht aus der Hand." Homo meus est, per aes et libram mihi emptus heri Sempronio auctore, nec manu mittam." Agerius: „auch ich laſſe ihn nicht mehr, und fordre dich, dein rechtes Eigen zu Rechte zu behaupten." „Neque ego mittam, et ita jure manum te consertum voco." Negidius: „Ich folge, und fordre desgleichen dich, im Gericht dein Eigen anzuſprechen." „Et ego te manum jure consertum voco."

So gehen ſie mit der Sache, oder die Sache mit ihnen ins Gericht, ſie wagen mit Recht nicht ſie aus Augen und Händen zu laſſen. Das iſt allerdings eine rechte Eigenſchaft, ein rechtes Halten an der Sache; kindlich, natürlich und concret.

In jure angekommen, wiederholen ſie ihre Litanei, und zwar unter Controlle ihrer beiderſeitigen Zeugen *). Jeder ſpricht das

*) Gell. XX, 10. „Manum conserere est, de qua re disce-

Eigen an, uterque manum adserit, conserit (scil. propriam), und damit, weil nur Einer es haben kann, dem Andern es ab, manu adserit (scil. alterius) oder venum dicit, vindicat (ab altero).

Während ſie nun ſo lebhaft, faſt mit Fäuſten um die Sache zu ſtreiten fortfahren, bittet der Richter ſie beide, zur Ruhe zu kommen und die Sache zu laſſen, und ſpricht alſo: „mittite ambo hominem oder: ab utroque venumdico hominem" *).

Die Sache des Richters iſt jetzt, daß er denjenigen von beiden, welcher mit Unrecht die Sache angriff, verurtheile, das Doppelte ihres Werthes dem rechten Vindicanten zu zahlen; denn jener iſt dem Diebe gleich, welcher nahm, und dem fiduciarius, welcher behielt ohne Recht **).

Was aber die Sache werth ſei, kann der Richter nicht wiſſen, das muß ein eignes Urtheil der Betheiligten ſagen, da jeder ſelbſt nur wiſſen kann, was ihm die Sache werth iſt. Sie bieten alſo, und das höchſte Gebot ergiebt den Werth, welcher beiden hoch genug und recht iſt. Wer das höchſte Gebot that, behält den gegenſeitig abgeſprochenen Gegenſtand, vindicias, während des Proceſſes ***).

Nachdem der Richter damit weiß, auf was er verurtheilen ſoll, erkundet er, wem zu verurtheilen ſei. Er wird aber dem zuſprechen, welcher das letzte rechte Eigen beweiſt. Auctoritas d. i. Urſprüngliches, und nur das iſt Eigen, muß immer dargethan werden. Entweder beweiſt Einer durch usus ſeine eigne auctoritas, oder eine rechte emtio von einem Andern, welcher für das Eigen ſo zu haften übernommen hat, auctoritatis obnoxius est in duplum, wie er ſelbſt durch ſein unrechtes vindicium an ſeinen jetzigen Gegner das duplum verwirkt hat. Be-

---

ptatur, in re praesenti, sive ager, sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare." Gaj. IV, 16. Liv. III, 44.

*) Gaj. IV, 16.

**) Gaj. IV, 167.

***) Gaj. IV. 16, IV, 166.

wieſen wird am häufigſten durch Zeugen, welche aber nicht domestici ſein dürfen *).

Der Richter verurtheilt d. h. verpflichtet zum Geben, damnat, den, welcher nicht das letzte Eigen beweiſen konnte, und weil nur pecunia geſchuldet, und daher nur auf dieſes verurtheilt werden konnte, ſo mußte die Sache ſchon deshalb auf pecunia reducirt werden, abgeſehen davon, daß eine in duplum damnatio für billig galt.

(Bedingungen der in rem actio.)

Im Leben wird eher durch die That richtig verfahren, als man weiß, wie und weshalb es ſo recht iſt; aber nachher erkennt man es, wenn das Unrechte verſucht wird. Alſo erprobte es ſich grade hier in jure, welche Sachen man unmittelbar verfolgen könne, und an welchen ein rechtes Eigen möglich und richtig, und deshalb ein bezeugter Erwerb d. i. emtio per aes et libram nützlich ſei.

Hätte Jemand im Gerichte ein Schaaf vindiciren wollen, ſo ſagte ein vernünftiger Richter: „das kannſt du gar nicht wiſſen, ob dieſes Thier das deinige iſt; wenigſtens kannſt du es mir nicht beweiſen, denn ein domesticum testimonium dient dir nicht, und kein redlicher Dritter wird ſich getrauen zu behaupten, daß grade dieſes das deinige iſt. Woran ſollte er es erkennen, iſt doch das eine, wie das andre.“

Als man nun wieder ſah, daß es ſo im Gerichte genommen wurde, ſo pflegte man ſich auch nicht beim Kaufe einer Ziege, eines Schaafes u. dgl. die Mühe zu machen, ſie per aes et libram vor Zeugen anzunehmen; denn auch der zum Zeugniß Aufgeforderte ſagte: „Wenn ich mir das Schaaf auch noch ſo genau anſehe, ich erkenne es Morgen doch nicht wieder, und könnte ich es ſelbſt, ſo glaubt es mir doch Niemand; drum nimm es ohne Umſtände von ihm hin, und halte es feſt, wenn du es haſt; ſolches Ding gehört dem, der es hat.“

Bei ſo bewandten Umſtänden gebrauchte es denn zwar nicht unerhörter Klugheit, um den Ausweg zu finden, daß man ſeinen

*) Gaj. VI, 105.

Schaafen, wie ſeinem Erz und ſeiner Leinewand ſein Zeichen gab, (signabat) und dadurch dem Dinge Eigenthümlichkeit und Erkennbarkeit gab, und ſich daſſelbe zu ſicherem rechtem Eigenthum machte. Aber es mußte doch erſt erfunden werden; und von da an ließ freilich wohl kein bonus und prudens paterfamilias ſeine Sachen ungezeichnet.

§ 19.

B. In personam actio.

Aulus Agerius fordert vom Numerius Negidius, daß er ihm die pecunia, ſei es Erz, Getraide, Schaafe ꝛc., welche er aus dem beſtimmten angegebenen Grunde ſchulde, geben ſolle. Negidius aber leugnet die Schuld; ſo fordert ihn Aulus Agerius vor Zeugen auf, an einem nahen Gerichtstage ihm Rede zu ſtehen. Will er danach nicht Rede ſtehen, ſo bringt ihn Aulus mit Gewalt ins Gericht. Wird er dort überführt und verurtheilt, ſo hat er eine billige Friſt zum Zahlen. Hält er die Friſt nicht ein, ſo hält ihn der Gläubiger feſt eine zweite Friſt hindurch, ob jemand ihn auslöſe, venum dicat; verſtreicht auch dieſe Friſt vergebens, ſo wird der Schuldner ſeinem Gläubiger zu Eigen zugeſprochen.

Die Zahlungsfriſt war ſicher von jeher 30 *) Tage; denn das iſt eine Zins- und Rechnungsfriſt; dem Schuldner läuft entweder ſein eignes ausſtehendes Geld ein, oder er kann bekommen von ſolchen, welche foeneriren.

Dies iſt das Weſentliche des Proceſſes, welches jedoch ſo voll von Ungewißheiten und Mißbräuchen war, daß das Zwölftafelgeſetz hier die Sitte mehr zu corrigiren und zu ergänzen, als bloß aufzuzeichnen hatte.

§ 20.

Patriciſches Privatrecht.

Die Plebejer hatten von Anfang Privatrecht, und nur Privatrecht, weil ſie ganz privi, singuli ohne Staat, waren.

---

*) Gaj. IV, 21. Gell. XV, 13. XX, 1.

Die Patricier, weil ſie nur Genoſſenſchaften und alſo keine privi waren, hatten kein Privatrecht, ſondern alles öffentlich und gemeinſchaftlich; denn in den gentes waren ſie ſo intenſiv und extenſiv verbunden, daß die Individualität dadurch ganz gebunden war.

Grade durch die iſolirten Demoten wird in Rom und allen Staaten des Alterthums das entgegengeſetzte Princip der Individualität der Perſönlichkeit eingeſetzt, und zerſetzt alsbald jenes alte. Denn dieſes muß ſich mit dem neuen einlaſſen, um den Kampf deſſelben zu moderiren, und wird dadurch gegen ſich ſelber kämpfend. Die Patricier verbanden ſich nämlich nicht bloß in den Centurien zu einem Staat mit den Plebejern, ſondern traten ſogar in die dieſen eigenthümlichen Tribuscomitien. Dieſes Eintreten geſchah im Einzelnen und allmählig, und zwar ſchon vor den XII Tafeln dadurch, daß Patricier ſich auf ager limitatus in den Tribus ankauften, wozu erſt Gelegenheit war, nachdem Handel und Wucher bewegliches Vermögen geſchaffen hatten. In Rückſicht auf dieſes tribuliſche Vermögen, adventitium gleichſam, welches nicht a gente profectum war, hatte auch der Patricier ganz freie Befugniß, und ſchloß ſich in der Art der rechtlichen Dispoſition an das hergebrachte Plebejiſche an, deſſen faßlicher und allgemein brauchbarer Inhalt war: „Thue was Dir bequem iſt.“ Während deſſen galt freilich für das patriciſch-gentiliciſche Vermögen noch immer die alte Unfreiheit des gentiliciſchen Rechts, wovon jedoch nach der Gracchiſchen Revolution, nach der ſelbſt politiſch erreichten Ausgleichung der Patricier und Plebejer, wenig mehr in Uebung und zu Ciceros Zeit noch weniger in der Kunde war.

So haben, wie die Patricier die Einheit und das Band, das hiſtoriſch und begriffsmäßig Erſte, ohne welches nie eine Römiſche Plebes hätte entſtehen können, zur Errichtung des Staates hinzubrachten, die Plebejer die Vielheit und Einzelheit, und darin die Belebung und Entwicklung, ohne welche jene nicht beſtehen konnten, dazu gebracht. Bei der beginnenden Durchdringung beider Principien im Frieden der lebendigen, die weſentlichen Gegenſätze enthaltenden Staatseinheit opfern die Plebejer von der individuellen Selbſtſtändigkeit gegen den Gewinn

an öffentlicher Gewalt und an Sicherheit für den Reſt der Privatgewalt; gewinnen die Patricier gegen Aufopferung der öffentlichen Gewalt in privater Selbſtſtändigkeit das Reſultat, wozu ſie bisher nur das reſultatloſe Mittel hatten; bis mit der Vollendung der durch die patriciſche Dictatur und den plebejiſchen Tribunat vorbereiteten monarchiſchen Uſurpation, alle Bürger gleichmäßig aus jeder unmittelbaren Gemeinſchaft in der öffentlichen Gewalt zu unterthanen Einzelnen herabgeſetzt werden.

Aber trotz der anfänglichen Entgegenſetzung beider Stände im Princip, galt doch der That und Erſcheinung nach bei beiden faſt das Gleiche, im guten plebejiſchen Hauſe dieſelbe Ehrerbietung und Pietät, wie im patriciſchen, in beiden dieſelbe Abſonderung von dem Fremden; der ſterbende Plebejer gab ſeinen Kindern oder Agnaten, weil ihm im Tode ſo wenig, als im Leben Jemand beiſteht, ausdrücklich, was den Kindern des Patriciers die Gentilen ſichern. Dem alten Patricier war die Mäßigung geboten, die er ohne Gebot vielleicht nicht befolgen wollte, dem Plebejer die Willkühr erlaubt, die er trotz der Erlaubniß nicht mißbrauchen wollte.

Da nun ſchon um die Zeit der 12 Tafeln alle Patricier freies plebejiſches Vermögen entweder in der That hatten, oder doch dem Rechte nach haben konnten, ſo wird in den 12 Tafeln die unbeſchränkte Privatgewalt über das rechte Eigen nicht als Privatgut des einen Standes, ſondern als Geſammtgut aller Bürger ausgeſprochen.

Zweite Abtheilung.

Das Privatrecht von den 12 Tafeln bis Juſtinian.

Erſter Abſchnitt.

Allgemeines über das in Geſchichte übergehende Recht.

I. Von dem Recht überhaupt.

A. Uebergang des Rechts aus der Eigenſchaft und Concretion der Verhältniſſe zur discreten Selbſtſtändigkeit, aus der natürlichen Unmittelbarkeit in die Vermittlung der Geſchichte und des Bewußtſeins.

§ 21.

Das Zeitalter, welches ſeinen Zuſtand an den 12 Tafeln aufzeichnet, alſo denſelben ſich vorſtellend zu einem Gegenſtande macht, iſt ſchon deshalb wirklich ein Zeitalter, iſt ſchon über den Urſtand ſeiner Jugend hinaus, im erſten Schritte der Bewegung und Schichtung ſeiner ſelbſt begriffen. Die lebendige Gattung des Rechts geht, unbefriedigt durch ihre beſchränkte und unreine unmittelbare Darſtellung, über zur Darſtellung aller ihrer Momente zur Selbſtſtändigkeit, und zur Sichtung und Discretion derſelben in ihrer reinen und vollen Weſentlichkeit aus der Beſchränkung und der Concretion mit dem Ungehörigen und Unweſentlichen. Das Recht geht aus der Unmittelbarkeit der Natur in die freie Vermittelung der Geſchichte über.

Von der äußern Gelegenheit und Erſcheinung aus den Hergang betrachtet: die wachſende Bevölkerung, der zunehmende Bereich und Reichthum des Staates, damit der Motive zum Verkehren, alſo des Verkehrs ſelbſt, das Steigen der Bildung, Sitte, Entſittlichung, die Conſolidation der öffentlichen Macht, theilen und ändern die Privatintereſſen; und in dieſer Schichtung aller Verhältniſſe in die Weite und Breite werden die alten urſprünglichen Geſtaltungen der Privatrechtsverhältniſſe aus allgemeinen, vereinzelte und ſind als ſolche nicht mehr ſchlechthin recht, denn das Allgemeine iſt bisher das Rechte; es giebt allgemein übliche, aber neue Verhältniſſe, die als ſolche noch nicht recht ſind, denn das Dauernde und Bewährte iſt bisher das Rechte. Alſo daß das unmittelbar Seiende nicht das Rechte, und das nicht unmittelbar Seiende nicht das Nicht-Rechte iſt; — ſondern: „recht, richtig ſein“ iſt aus der Concretion und Identität mit den natürlichen Verhältniſſen gelöſt, ſtatt Eigenſchaft der Verhältniſſe zu ſein, ein beſonderes, ſelbſtſtändiges Weſen, Abſtractum „das Recht“ geworden. Dieſes iſt das durch Vorſtellung und ſcheidenden Verſtand zum Bewußtſein ſeiner ſelbſt und damit erſt zur rechten Ständigkeit gelangte Ur-Theil, d. i. urſprünglich und bleibend zugetheilte, alſo wahrhaft eigenthümliche Weſen der Totalität und Gemeinſchaft. Dieſes zum Bewußtſein gebrachte und in der weſentlich fortwährenden Entfernung der unmittelbaren Begebenheit fortwährend zum Bewußtſein bringende und feſtſtehende Urtheil wird für die in der Entfernung begriffenen, dieſelbe aber nicht erreichenden Individuen das Sollen und Geſetz, welches ihr unmittelbares Sein und Bewegung richtet und hält. — Recht iſt von nun an nicht das, was unmittelbar iſt und der unmittelbare Eigenwille, ſondern was dem vorgeſtellten und erkannten d. i. vermittelten allgemeinen Willen gemäß iſt. — Die Darſtellung von nun an nicht mehr bloßes Erzählen deſſen, was iſt, ſondern Theorie deſſen was ſein ſoll.

Nicht vollkommen rein, ſondern noch mit Berückſichtigung concreter Unweſentlichkeit benannten die Römer das Recht: jus d. i. jussum, das durchs Wort laute und erſcheinende Richtige.

Zum Weſen des reinen und vollſtändigen Rechts gehört allerdings die Lautheit, Offenheit, aber dieſe kann ſo gut durch unmittelbare That, als durch Befehl erfolgen. Nach ſeinem reinen Weſen iſt es im Deutſchen rein benannt: „das Recht.“

B. Umfang und Schichten des Rechts.

§ 22.

Aber auch das ſelbſtſtändige Subſtantivum: „das Recht“ iſt anfangs noch in der That und in der Vorſtellung verwachſen mit den cives Romani, aus denen es erwachſen war. Recht und Römerrecht iſt ſo Eines, wie civis und civis Romanus, urbs und urbs Roma. Sie erkannten aber das jus Quiritium, civium i. e. suorum, civile, als dieſes nur dadurch, daß ſie auch andere Rechte kannten.

Je mehr die Römer aber die Erfahrung und Bekanntſchaft anderer Völker machten, welche natürlich auch ein Recht hatten, erkannten ſie auch dieſes an und brachten es aus dieſen verſchiedenen Rechten zum Begreifen des Rechts in ſeinem vollen Umfange mit deſſen Stuffen, und in ſeinem reinen Weſen.

Als das reine Weſen des wirklichen Rechts oder der Gerechtigkeit erkannten die Römer die Sicherheit und Wahrheit, mit welcher die Perſon und ihr Vermögen anerkannt, und die Feſtigkeit und Sicherheit, mit welcher es gehalten wird *). Die Wahrheit, gewahrten ſie, liege in dem allgemeinen Urtheil, die Verläßlichkeit in dem ebenſo allgemeinen Willen **).

---

*) pr. I. de iust. et iure. I, 1. „Justitia est constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi. — L. 11 pr. D. de iust et iur. I, 1. „Jus pluribus modis dicitur. Uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur: ut est ius naturale. Altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile.“ § 11 I. de iust. et iur. I, 2.

**) L. 32 § 1 D. de leg. I, 3. „Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes.“

Als die Hauptſtuffen ſeines vollen Daſeins fixirten ſie:

1) Jus civile. Darunter verſtanden ſie

a) mit Abſtraction von ſich ſelbſt das individuelle, eigenthümliche Recht eines jeden Volks, welches mit ſeinem eigenthümlichen Urſprung und Geſtaltung auch ausſchließend eigenthümliche Geltung hat *).

b) mit behaltener Beſchränkung auf ſich ſelbſt, oder κατ' ἐξοχὴν, das ganze eigenthümliche Recht der Römiſchen Bürger, ohne Rückſicht auf das Organ, aus welchem es entſtanden **).

c) enger dasjenige Recht, welches eigentlichſt von den ächten alten cives durch deren mores und leges entſtanden iſt, bevor die edicta perpetua, deren Ergebniß ius honorarium hieß, aufkamen. An dieſem engern Begriff des ius civile, der ſchon am Ende der Republik da war, wurde ſpäter ſtatt des poſitiven Merkmals, alt civile zu ſein, das negative, non honorarium zu ſein, zum weſentlichen, und unter ius civile alles Recht, was non honorarium war, verſtanden ***).

d) in einem engſten Sinn war es das eigentlichſte und ächte, welches bei den Rechtsgelehrten geſchrieben ſteht †).

---

*) § 1 I. de iur. natur. I. 2. „Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius civitatis proprium est: vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis."

**) § 2 I. eod. I, 2. „Sed quotiens non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum ius significamus."

***) § 7 I. eod, I, 2. „Praetorum quoque edicta non modicam obtinent iuris auctoritatem. Hoc etiam ius honorarium solemus appellare." — L. 7. D. de just. et iur. I, 1. „Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt."

†) L. 2 § 12 D. de O. J. (I, 2). „Ita in civitate nostra, aut jure, id est lege constituitur: aut est proprium jus civile,

2) Jus gentium d. i. das ſeinem Urſprung, Gehalt und ſeiner Geltung nach allen civiliſirten Völkern gemeine, oder alſo dasjenige, welches nicht aus einer nationalen Eigenthümlichkeit, ſondern aus dem unmittelbaren Weſen der Menſchheit, aus der ihrer Natur angehörenden Vernünftigkeit ſeinen Urſprung hat*). Wenn die Römer darüber hinaus noch

3) ein Jus naturale von noch allgemeinerer Competenz anzunehmen ſcheinen, ein Recht, welches Menſchen und Thieren gemein wäre, ſo liegt entweder ein mangelhafter Ausdruck, oder eine unklare Vorſtellung vor; da das Recht nicht anders denn bei Menſchen, d. i. bei wollenden, wiſſenden, geiſtigen Weſen ſein kann**).

Das Recht iſt, wie das die Römiſche Gerechtigkeit anerkannte, in der That nicht concret mit einem einzigen dieſem Volke und Staate der Wirklichkeit, aber wohl mit der wirklichen Menſchheit. Wer etwas anders z. B. Thiere oder Pflanzen in den Begriff und Bereich des Rechts zieht, verunreinigt ihn, wer aber die wirkliche Menſchheit herauslöſt, vernichtet ihn. Auf jene Weiſe hat das Alterthum in der Abſtraction, Läuterung, des Begriffs nicht genug gethan, auf dieſe Weiſe die neuere Zeit darin übertrieben.

Nachdem in den Römiſchen Staat allmählig alle berechteten Völker aufgenommen waren, galten in demſelben alle die iura

---

quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit."

*) § 1. I. eod. I, 2. „Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utantur."

**) pr. I. eod. I, 2. „Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus enim cetera quoque animalia istius iuris peritia censeri."

dieſer Völker, ſoweit dieſelben nicht nach dem Römiſchen, d. i. dem allgemeinen Urtheil ein Unrecht enthielten; denn daß jeder nach ſeinem Recht lebe, achteten ſie allein für ihn recht, und von dem Römiſchen Staat gerecht. In Ermanglung ſichern eigenthümlichen Rechtes galt das Recht der Stadt Rom, das war die unerſchöpfliche Rechtskunde, die für Alles Rath wußte *).

In der Aufnahme des jus gentium in das Anfangs nur noch beſchränkt dargeſtellte Römiſche iſt es enthalten, daß das Römiſche ſich allmählig als Weltrecht, als das Recht d. i. als das reine und volle Recht, als die Gerechtigkeit auch darſtellt. Aber daß dieſer Begriff und die in ihm enthaltene weite Abſtraction zu Stande kam, darin iſt das Handelnde der Genius des Römiſchen Staats.

Das jus gentium und ſeine Geltung hat nicht dem Römiſchen Recht jene Weite und Allgemeinheit gegeben, ſondern die im Römiſchen von ſeinem Urſprung her enthaltene Allgemeinheit und Gerechtigkeit hat das jus gentium anerkannt nicht ſo ſehr als hervorgebracht, die natürliche Dividuität der Rechte und Völker zur geiſtigen Individualität verarbeitet. Die Römiſche Liberalität ſchuf erſt das Bedürfniß eines praetor peregrinus und der Anerkennung des Rechts der Fremden, d. i. Aufhebung der Fremdheit. In der von ſeinem Urſprung her dem Staate zur Natur gewordenen Gewohnheit, die ſchroffſte Individualität und Unterſchiedenheit im Rechte, ſelbſt inmitten ſeiner Bürger wahrzunehmen, alſo die Eigenthümlichkeit des Rechts als weſentlich anzuerkennen, lag die Fähigkeit jene Abſtraction „das Recht" hervorzubringen, und zwar nicht als eine flache, inhaltsloſe, alles Individuelle applanirende Einheit, das wäre in Wahrheit die abſolute Einzelheit, ſondern als eine

---

*) L. 32 p. D. de leg. I, 3. „De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem apparet, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet."

das Individuelle in ſich erhebende Totalität. Das Römiſche Urtheil iſt das Vorurtheilsloſe, nach welchem jedes wahre Beſondere trachtet, und welches alles Beſonderen bedarf, um ſeinen eignen Inhalt, die Allgemeinheit, darzuſtellen.

C. Eintheilung des Rechts.

A. Nach der Art der Erſcheinung und der Erkenntniß im Geſetzes- und Gewohnheits-Recht.

§ 23.

Aller Anfang iſt unfertig und unrein, und das Vollendete nie im Anfang. Das vollendete Recht iſt das wirkliche Wollen des Staats, d. i. die nicht bloß an ſich ſeiende, ſondern ſebſt bewußte Thätigkeit deſſelben. Ohne Wahrheit an ſich wäre das Wollen Wahn; denn Wiſſen und Wille kann nicht ſchaffen, ſondern nur ergreifen, was da iſt. Ohne das ausſcheidende und ergreifende Wiſſen und Wollen aber geht jedes bloß an ſich Daſeiende zu Nichte.

Den Aelteſten war es ſo recht, wie ſie es hatten, wie es ihnen fiel, und wie ſie es pflegten, ſo gefiel es ihnen und ſo pflegte es ſie; mos morem gerit. Durch Generationen hindurch blieb die Sitte der Väter als wahlloſe, unmittelbare Aneignung (d. i. Ge-wohn-(own)-heit, consuetudo, con-suitudo); denn die Enkel kannten noch nichts Fremdes daneben. Die hier noch unfertige Gewißheit beſteht in dem noch Fernſein des Zweifels, die rechte Gewißheit iſt erſt die Entſcheidung des Zweifels.

Aber mit der beginnenden Aneignung des Fremden und der Entfremdung, d. i. Entwicklung des Eignen beginnt der Zweifel. Das Ur-Theil, das Eigentliche, consuetum, wird unmittelbar von ſelbſt laut bei der Wahrnehmung des eindringenden Fremden, d. i. Unrechten, und hält und wählt ſein Eignes mit der lauten Entſcheidung des Wortes. Das bisher bloß Gewohnte wird Geſetzes-, ausgeſprochenes, dadurch ſelbſtbewußtes, gewiſſes Recht. Der ruhende und beruhigende Buchſtabe bannt die ununterbrochne

Bewegung der Natur in gegliederte Geſchichte; aber wenn der Buchſtabe todt, d. h. tyranniſch iſt, bricht die Unruhe der Natur durch, und treibt neue Schichten.

Nachdem einmal das Urtheil in der Geſetzgebung laut geworden iſt, erſcheint mit Recht als das ſicherſte Recht das durch Geſetze ausgeſprochne Recht, das suffragio legislatoris iussum; denn das Geſetz iſt das reinſte Urtheil, die weiſeſte Entſcheidung des Zweifels. Neben dieſer vermittelten aber bleibt die unmittelbare Gewißheit der noch unbezweifelten Gewohnheit als Erkenntnißmittel des Rechts *).

Jedoch beide Erſcheinungen können mitunter nur Schein ſein; d. h. nicht jeder Buchſtabe, der das äußere Daſein oder die Form des Geſetzes hat, iſt Recht, und nicht jede Gewohnheit iſt Recht **).

Der weiſeſte Geſetzgeber kann irren, und dem geſetzten Irrthum wird keine consuetudo entſprechen. Das einſt noch ſo wahre Geſetz wird, ſoweit es ein Beſtimmtes und darum Endliches enthält, einſt durch desuetudo zu einem todten Buchſtaben verenden.

Ein Geſetzes-Wort gilt alſo nur als Recht, wenn ſein Inhalt wirklich in Gewohnheit, wenn auch nicht in Uebung iſt.

Aber auch nicht jede Gewohnheit iſt Recht, ſondern nur die rechte Gewohnheit, welche einen rechten Inhalt hat. Vieles enthält für dieſen Beweis die lange Dauer der Uebung, usus longaevus, und die Allgemeinheit derſelben, consuetudo,

---

*) L. 32 p. D. de leg. (1, 3). „De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est.“ L. 35 eod. „Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, velut tacita civium conventio, non minus quam ea, quae scripta sunt, iura servantur.“

**) L. 13 C. de sentent. et interloc. 7, 45. „Cum non exemplis, sed legibus judicandum sit.“ L. 39 D. de leg. 1, 3. „Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.“

aber doch nicht Alles; ſondern neben dieſer äußerlich allerdings richtigen Wirklichkeit muß auch die innere Wirklichkeit und Richtigkeit da ſein, das iſt der gute Glaube, oder daß die, welche ſo thaten, nicht wußten oder wiſſen mußten, ihr Thun ſei Unrecht oder Keinrecht. Solche iſt eine rechte Gewohnheit, und ſie wird als Recht gelten, wenn ihr Inhalt nicht dem ſtets anzuerkennenden Weſen des Rechts, der ratio, oder einem anerkannt geltenden Geſetze zuwider iſt, gegen deren anerkannte Gewißheit kein noch ſo guter Glaube etwas vermögen darf*). Irren kann alſo auch die Gewohnheit. Denn wo erſt die Weisheit irrt, irrt auch die Unſchuld.

Gerichtsgebrauch. Weit mehr Vermuthung und Erkennbarkeit der Richtigkeit, als der von der geſetzgeberiſchen Weisheit losgeriſſene, abſtracte, Buchſtabe des Geſetzes und die zwar concret wirkliche, aber im unweiſen Volke wurzelnde Uebung muß die Uebung des Gerichts durch fortwährend gleichmäßige Entſcheidungen für ſich haben**). Und in der That kann das Gericht den Schein und Irrthum des Buchſtaben und der Gewohnheit corrigiren und suppliren, aber es iſt auch dabei ſeinen eignen Irrthümern ausgeſetzt.

Keine der drei Auctoritäten alſo macht an ſich allein das Recht oder umfaßt es ganz und ſicher. Denn das Recht

---

*) L 32, § 1 D. de leg. (1, 3). „Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." L. 2 C. quae sit long. consuet. (8, 53). „Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem."

**) L. 38. D. de leg. 1, 3. „Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicaturum auctoritatem, vim legis optinere debere."

iſt der Wille des Ganzen, Heilen, und in ſeiner Heiligkeit ſind Geſetzgeber, Richter, Volk als einzelne Organe begriffen.

§ 24.

B. Jus commune und singulare.

Wie Alles beginnt auch das Urtheilen des Staats concret, d. h. es wird früher ein dieſer gegenwärtiger Fall von dem noch ſchlechthin innerlichen, unausgeſprochenen Urtheil, oder von dem unmittelbaren Rechtsſinn normirt, d. i. früher gerichtet, als das innere Urtheil ſelbſt abſtract ausgeſprochen und vergegenſtändlicht wird für ſolche dereinſtige Fälle, als Geſetze gegeben werden.

Allmählig aber wird aus verſchiedenen Aeußerungen des Urtheils in vorſtehenden, beurtheilten Fällen das Urtheil verſtanden, erinnert und ausgeſprochen. Ein ſolches reines, eventuelles, abſtractes Urtheil über den abſtracten Fall iſt ein Geſetz, und jedes Geſetz gilt dem Weſen des Rechts nach für alle den abſtracten Fall enthaltenden concreten Fälle, und heißt inſofern jus commune (omnibus his casibus).

Weil aber in der Wirklichkeit eben Alles concret iſt und bleibt, alſo auch der Fall eines Geſetzes, wenn er wirklich da iſt, niemals ganz rein und lediglich das von dem Geſetze deſignirte Weſen enthält, ſondern immer noch Anderes darin und daran Haftendes, ſo kann dasjenige, was in dem Fall Sonſtiges ſteckt neben dem, was ihn unter die Verfügung dieſes Geſetzes zieht, ſo beſchaffen ſein, daß der Geſetzgeber wegen dieſes Sonſtigen den ganzen Fall herausnimmt und vereinzelt, ſingulirt, aus der Gemeinſchaft dieſes Geſetzes, jus singulare*). Das jus singulare aber, inſofern es eine Norm giebt für ſolche einzelne Fälle, iſt ein vollkommnes Geſetz und wieder jus commune für Alles, was darunter fällt, und nicht durch ein ferneres jus singulare herausgenommen iſt.

---

*) L. 16 D. de leg. 1, 3. „Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.“

Da ein Geſetz nicht ſchon wirkliche, ſondern nur mögliche Fälle normirt, ſo kann der Geſetzgeber es ohne wirkliche Verletzung willkührlich wieder aufheben. Soweit aber das Geſetz an wirklichen Fällen wirkſam geworden iſt, kann es für dieſe nicht mehr aufgehoben werden, weil es für dieſe ſchon nicht mehr gemeint war; wo alſo das Geſetz für vergangne Fälle wirklich gemeint iſt, wird es für dieſe gelten müſſen*); denn im Sinne des Rechts ſind dann dieſe Fälle noch nicht wirklich, juriſtiſch vergangene.

Wiewohl nun den meiſten wirklichen Fällen entweder durch Geſetz oder Gewohnheit gehörig vorgeurtheilt iſt**), ſo daß jedes Intereſſe eines Jeden auf dem Wege des Gerichts ſein Recht und ſeine Norm wird bekommen und erfahren können; ſo kann doch in einzelnen Fällen der Geſetzgeber es nöthig finden, dieſelben einzelnen wirklichen Fälle unmittelbar und eigenthümlich zu beurtheilen, des privi, singuli casus ſich anzunehmen, ein Privilegium zu ertheilen.

Privilegium iſt eine unmittelbar vom Geſetzgeber ſelbſt ausgehende Normirung eines einzigen wirklichen Falls; woraus unzweifelhaft folgt, daß dieſe Beſtimmung nicht auf andre, ſelbſt vollkommen gleiche Fälle, Anwendung leidet, weil ſie nicht dafür gemeint iſt, für dieſen Fall aber ſoweit und ſo lange gilt, als es gemeint war von dem Ertheiler.

§ 25.

C. Jus publicum und jus privatum.

Das Recht iſt entweder für die Einzelnen, oder für das Gemeine, welches in ſeinen einzelnen Organen erſcheint***).

---

*) L. 7 C. de leg. I, 14. „Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari: nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit."

**) L. 8. D. de leg. I, 3. „Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur."

***) L. 1 § 2 D. de J. et J. I, 1. „Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem."

Urſprünglich iſt das Recht, welches für die privati iſt, auch von den privatis, ganz von ihren pactis abhängig. Im Verlauf der Geſchichte, d. h. im Wachſen des Staates aber findet dieſer da, wo früher nur ein Privatintereſſe waltete, oft ein öffentliches Intereſſe mit dieſem ſelber verwachſen, und normirt nun mit dem öffentlichen Intereſſe, das einmal ſeiner Entſcheidung zuſteht, zugleich das damit verwachſene Privatintereſſe, entzieht es alſo der Willkühr der Privaten. Was jedoch ſo die Privatverhältniſſe an Willkührlichkeit verlieren, gewinnen ſie an Sicherheit; und um wieweit der Staat von einer Seite tiefer eindringt in die Privatverhältniſſe, zieht er ſich auf einer andern Seite zurück, und räumt der Privatwillkühr das Feld. Er wendet ſich ab, wo er ſich auf dieſe verlaſſen kann, und wendet ſich dahin, wo er das nicht kann. Was den Vorzug im Colliſionsfall betrifft, ſo verſteht ſich von ſelbſt, daß das Intereſſe des Gemeinen dem des Einzelnen vorgehen müſſe, ſelbſt ſchon, wenn das Gemeine auch nichts Anderes wäre, als das Collectivum aller Einzelnen.

II. Von den einzelnen Hauptmomenten des Rechts.

A. Subject des Rechts, Perſon.

§ 26.

A. Das reine Weſen der Perſönlichkeit.

Rechtsſubjecte, Perſonen, Rechtsfähige waren nach der erſten zufälligen, natürlich thatſächlichen Aeußerung des Römiſchen Ur-Theils nur die wirklich Habenden, Berechtigten, patres, patres rei publicae und patres familiarum. Dieſe Beſchränkung auf die Zufälligkeit der natürlichen Thatſache iſt das Natürliche, alſo Verkehrte, welches von dem ſich verſtehenden unendlichen Urtheil der Geſchichte als ſolches erkannt und verurtheilt wird; alſo daß die Rechtsfähigkeit ſich aus der beſchränkenden Verwachſenheit mit dieſem oder jenem Individuum zur reinen Weſenheit und Selbſtſtändigkeit läutert, und aus der Einfachheit in ihre Stufen und Unterſchiede entwickelt.

Das reine Weſen der Perſönlichkeit iſt das reine Vermögen und Bedürfniß zum Haben, oder das durch Wiſſen

Seiner, wollend Sein, an ſich vermögend und über ſich hinaus-reichend Sein. Der Menſch iſt an ſich reich (— ſonſt würde er ſich ſo wenig wie das Thier bereichern —) indem er nicht bloß Er iſt, ſondern weil er Sich weiß auch Sich hat, alſo an ſich ein Mittel und Vermögen für Sich als Zweck hat, indem er ſich wahr-nimmt, hat er ſich in Wahrheit.

Das Recht oder die Gerechtigkeit iſt vorurtheilsloſe, ſchrankenloſe Anerkennung der Perſönlichkeit, wo ſie iſt, und weil ſie und wie ſie iſt; auch die Unterſchiede der Rechtsfähigkeit ſind weſentlich und recht.

Das Recht ſchenkt und macht aber nirgends, ſondern erkennt, entſcheidet und befeſtigt nur; es exiſtimirt, honorirt und ſtatuirt nur, weil, und alſo nur wie es in Wahrheit iſt. Nach ſeiner Aechtheit, Werth und Ehrlichkeit hat jeder ſeine Achtung, Geltung und Ehre vom Staate; aber erſt durch dieſe Anerkennung wird ſeine an ſich ſeiende Perſönlichkeit eine rechte d. i. Sicherheit, Sich oder für ſich ſein, Selbſtſtändigkeit. Römiſch: erſt die existimatio publica macht den bloß an ſich wahren status, condicio zu einem honor, dignitas, d. i. allgemein gültigem status condicio; Ausdrücke, welche wegen der Unmittelbarkeit von Folge und Vorausſetzung auch ſynonym gebraucht werden.

Die Aechtheit, Ehrlichkeit, Rechtlichkeit, welche der Staat ſucht, beſteht darin, daß Einer ſich ſelbſt als das, was er wirklich iſt, wirklich wolle, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Jeder aber iſt in Wahrheit zwar allerdings ein Einzelner Selbſtſtändiger, aber erſt in der Gemeinſchaft und durch dieſe iſt er das und als ſolcher ſoll er ſich halten.

Die Römer drücken dieſen Bürgerwerth, welchen der Staat als Thatbeſtand der Rechtsfähigkeit fordert und gebietet, aus*):

honeste vivere. Sein Selbſt, d. i. ſeine Ehre, Würde, unveräußerlich achten und wahren.

---

*) § 3 I. de i. et i. I, 1. „Juris praecepta sunt haec: **honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.**“

alterum non laedere, suum cuique tribuere. Das fremde Selbſt ehren und wahren wie das Eigne. Das Eine iſt das Andere, der Staat in ſeiner Uebernatürlichkeit iſt Aufhebung der Fremdheit der natürlich getrennten Jidividuen.

Alſo: die Anerkennung und das Wollen des Staats, daß Einer die Perſönlichkeit habe, die er in der That hat, iſt im objectiven Sinne Ehre, d. i. Hehrlichkeit, Herrlichkeit, Freiheit, Rechtsfähigkeit*). Die eigne dadurch unmittelbar berechtigte Gewißheit des Individuums, das zu ſein, und der Wille, das zu bleiben, was es, anerkannt vom Staate, iſt, iſt die Ehre im ſubjectiven Sinn.

§ 27.

B. Weſentliche Unterſchiede und Arten der Rechtsfähigkeit.

Weil es nun in der That ſehr verſchiedene Zuſtände der Fähigkeit und des Bedürfniſſes unter den Menſchen giebt, ſo muß es auch in dem dieſe anerkennenden Rechte nacheinander und nebeneinander ſehr verſchiedene status und condiciones geben. Wenn das Recht wirklich Recht iſt, und alſo die Sache genau und richtig nimmt, ſo muß natürlich der Unterſchied des Alters, des Geſchlechts, Vermögens, der Geburt und unzähliges Anderen anerkannt werden. Da dem nun wirklich ſo iſt, ſo würde es ſchwer ſein, alle status erſchöpfend aufzuzählen. Aber es giebt Hauptunterſchiede, status principales, ſo weſentliche, daß ſie vom Anfang bis zum Ende durchſtanden, wogegen andere unweſentlich und vorübergehend waren. Drei Hauptſtatus ſind:

1) Libertas — status libertatis. Freier iſt jeder, welcher eine Perſönlichkeit d. i. Freiheit, für ſich Sein, hat, einerlei von welchem Umfange, ob Römiſcher Bürger oder Fremder. Sclave iſt, wer fremder Willkühr unterworfen iſt, alſo nicht für ſich, ſondern für dieſen Andern da iſt, d. h. Sache iſt. Wenn auch durch die Wohlthat einzelner Geſetze jene Willkühr beſchränkt iſt, ſo bleibt doch Willkühr und Unfrei-

*) L. 5 § 1 D. de extraord. cog. 50, 13. „Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus et moribus comprobatus."

heit der Kern. Während die Perſon beſchränkte Freiheit, hat der Sclave beſchränkte Unfreiheit.

2) Civitas — status Civitatis. Das iſt die Eigenſchaft Römiſchen Bürgerthums. Die volle Civität enthält: a) die volle private Selbſtſtändigkeit connubium und commercium. Erſteres die Fähigkeit, in einer Römiſchen Familie zu ſein, commercium die Befähigung zum Vermögensverkehr nach Römiſchem Recht und mit Römiſchem Schutz. b) Bis zur völlig ausgebildeten Monarchie unter Conſtantin auch unmittelbare Theilnahme an der Souverainität, das ius suffragii und honorum. Es gab aber von jeher eine beſchränktere Civität.

3) Familia — status familiae. Jeder Römer iſt entweder paterfamilias, sui iuris, oder unter Gewalt eines paterfamilias, alieni iuris. Nicht jeder homo alieni iuris iſt Sclave. Die Freiheit der liberi in der familia iſt während des Lebens des paterfamilias nur gebunden, aber doch vorhanden. Löſt nämlich der Tod das Band, ſo iſt die Freiheit von ſelbſt lebendig und wirkſam.

Die Verluſte dieſer 3 status werden capitis deminutiones genannt, ohne Rückſicht darauf, aus welchem Grunde der Verluſt eintritt. Capitis deminutio maxima, maior iſt Verluſt der Freiheit. Capitis deminutio media, magna, minor Verluſt der Civität. Capitis deminutio minima iſt Verluſt der juriſtiſchen familia d. i. der agnatio, welche Einer bisher hatte. Die größere enthält ſtets die geringere *).

§ 28.

Insbeſondere von den juriſtiſchen Perſonen.

Das Recht, zu deſſen Weſen die ganz vorurtheilsloſe

---

*) L. 11 D. de cap. minutis 4, 5. „Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima: tria enim sunt, quae habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem, et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.“

Wahrhaftigkeit gehört, mußte auch, wo ſich außerhalb menſchlicher Individualität ein wirkliches Bedürfniß und Würdigkeit zur Perſönlichkeit fand, da Perſönlichkeit anerkennen; denn rechtes Bedürfen iſt immer rechtes Dürfen. Es iſt nun aber wirklich häufig vom Rechte ſolches Bedürfniß als vorhanden befunden worden.

Weil nun die menſchlichen Perſonen ſchon an ſich und von Natur als Daſeiend erſcheinen, wenn ſie auch erſt durch des Staats Anerkennung etwas Rechtes werden, ſo nennt man ſie aus jenem Grunde ihres Daſeins natürliche, phyſiſche Perſonen. Dieſe auſſermenſchlichen aber, da ſie, als ohne unmittelbares Selbſtbewußtſein, an und für ſich nicht da zu ſein ſcheinen, ſondern lediglich durch des Rechtes Anerkennung, nennt man juriſtiſche Perſonen, fingirte Perſonen.

Vom höhern Standpunkt löſt ſich jene Differenz der Erſcheinung in Schein auf; denn der daſeiende Menſch wird erſt durch die Anerkennung des Rechts zu einer rechten Perſon gemacht; und die ſcheinbar durch bloße Anerkennung des Rechtes gemachte juriſtiſche Perſönlichkeit hatte ſtets ſchon vorher ein Daſein als wahre Thatſache, oder als wahres Bedürfniß.

Das Recht nimmt bei verſchiedenen Verhältniſſen Veranlaſſung, denſelben eine Perſönlichkeit zuzuerkennen z. B. bei piis causis, beim Staatsvermögen, fiscus, und kann darin nach ſeinem Wahr- und Wohlbefinden weiter gehen. Eine Hauptſpecies ſind:

Die Gemeinheiten, universitates, corpora, collegia. Das Weſen dieſer iſt, daß der Vereinigung mehrerer phyſiſcher Perſonen eine Perſönlichkeit beigelegt iſt; nicht der Mehrheit der Individuen, ſondern grade der Einheit, in welcher die Mehrheit aufgehoben iſt, der Willenseinheit oder der Seele, zu welcher ſich die inbegriffenen Individuen wie Andere *)

---

*) L. 7 § 1 D. quod cuiusc. unio. 3. 4. „Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent.“

oder wie Momente verhalten, grade ſo wie Kopf und Hände und Füße ſich zu dem Selbſt des phyſiſchen Individuum verhalten, deſſen ſie ſind.

Dieſe alſo keineswegs bloß fingirte, ſondern in der That vorhandene Willenseinigkeit der Gemeinde kann ſich verſchieden ermitteln und ausſprechen, mittelbar oder unmittelbarer, und danach iſt eine universitas eine ordinata oder non ordinata. — Ordinata heißt ſie, wenn ſie durch einen Vorſtand, actor, syndicus, außer den ſie unmittelbar ausmachen, den Mitgliedern, vermittelt und vertreten iſt. Non ordinata iſt ſie, wenn die Vertretung eine unmittelbare durch alle Glieder iſt. Im letztern Fall hat die Majorität der Glieder die Entſcheidung und Beſchlußnahme, und zwar ſo, daß nur von der entſchiedenen Majorität nämlich von zwei Drittheilen Aller zur Beſchlußnahme geſchritten, und nur von der Majorität dieſer ein Beſchluß gefaßt werden kann.

Entſtehen kann eine universitas nur, wenn wenigſtens drei Individuen da ſind, denn nur unter dieſen iſt eine Majorität möglich. Iſt ſie aber einmal entſtanden, ſo beſteht ſie, weil ſie wahre Individualität außerhalb des Collectivum ihrer Glieder iſt, trotz dem Abſterben einzelner Glieder fort, ſo lange noch eines vorhanden iſt *); wie der Menſch Perſon bleibt, auch wenn er einzelne Glieder ſeines Körpers verliert. Anders die Societät, welche nichts Anderes iſt, als dieſe socii. Daher hier nur die Einmüthigkeit beſchließen kann. Wille der Societät iſt Wille der socii. Das Individuum universitas will, wie das phyſiſche Individuum, wenn es zweierlei möchte, mit ſich uneinig iſt, das was es lieber will. Nach jenem Weſen der Societät kann dieſelbe auch von zwei Individuen errichtet und muß durch den Tod eines aufgelöſt werden. Die

*) L. 7, § 2. D. eod. 3, 4. „In decarionibus, vel aliis universitatibus, nihil refert, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri: cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis.“

universitas kann, wie ſie entſteht nur aufhören durch den Willen des Staats, oder durch den Tod des letzten Gliedes.

Das Vermögen der universitas iſt getrennt von dem der Glieder, und entweder patrimonium, eigentlich ſolitäres Eigenthum der universitas, oder res publica, an welchem den Gliedern Nutzungsrechte zuſtehen.

Beim Aufhören fällt ihr Vermögen an diejenigen, welchen es von der universitas gültig zugewieſen und ſo viel als beſtimmt iſt, beides ausdrücklich, tacite oder präſumtiv. Wenn keine ſolche Disposition der universitas über das Vermögen vorhanden iſt, kann es auch Niemand anſprechen. Anders bei der Societät. Wenn die socii auch das Ihrige in die Societät zuſammenwerfen, ſo bleibt es wie das ſpäter Erworbene unmittelbar oder mittelbar actione pro socio, ihr Gemeinſchaftliches nicht erſt zu Erwerbendes, ſonderu nur zu Vertheilendes. Was die Individuen aber von dem Ihrigen zur Ausſtattung einer universitas hergeben, haben ſie veräuſſert.

§ 29.

C. Vernichtung und Schmälerung der Perſönlichkeit, Ehre.

Wie der Staat durch ſeine existimatio der Perſon ihre dignitas nur zuerkennt, weil und wenn bei ihr Ehrlichkeit und Rechtlichkeit vorhanden iſt, ſo muß derſelbe auch, ſo weit er aus Begehung von Unrecht die Unredlichkeit und Unwerth der Perſon erkennt, ihr die bisher genoſſene Geltung aberkennen. Der Defect der Rechtlichkeit kann bei der Perſon ein totaler oder partieller ſein, und danach muß es eine consumptio oder minutio existimationis geben*).

1) Consumptio existimationis iſt alſo der Verluſt aller Rechtsfähigkeit, der ganzen Civität, alſo des jus honorum und suffragii, conubii und commercii, und der Freiheit; ſie iſt eine

---

*) L. 5 § 1. D. de extraord. cognit. 50, 13. „Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur.“

capitis deminutio magna *); wodurch ſie eintritt, lehrt das Criminalrecht.

2) Minutio existimationis iſt Verluſt eines Theils der Rechtsfähigkeit **). Die einzelnen ſind:

1) Inteſtabilität. Intestabilis iſt, wer kein Zeugniß leiſten kann und dem kein Zeugniß geleiſtet werden kann ***); denn nur Unredliche würden dem Unredlichen zeugen; nach urſprünglicher undiscreter Vorſtellung wird nicht bezeugt, daß das wahr iſt, was er ſagt, ſondern daß er wahr ſagt. Dieſe uralte minutio existimationis trat immer nur auf geſetzliche Auctorität ein, weshalb dieſe Perſonen gewöhnlich lege intestabiles heißen.

2) Nota censoria. Das iſt das patriarchaliſche Inſtitut, durch welches die Cenſoren, die Ausgelaſſenheit der Republik moderirend, jeden Mißbrauch der nach dem noch dürftigen Rechtsgeſetz zuſtehenden Freiheit nach unmittelbar eignem Urtheil ahndeten. Die nota censoria beſteht in einer bürgerlichen Standeserniedrigung oder Entziehung einzelner Rechte des Standes, iſt alſo von unbeſtimmtem Inhalt, und dauert ihrem nur correctoriſchen Character gemäß nur eine Zeit lang, nie länger als die Magiſtratur des verhängenden Cenſor, und kann durch Interceſſion des Collegen verhindert und aufgehoben werden. Dieſelbe erfolgte ohne Zweifel z. B. auch da, wo jemand in Civilrechtsſtreitigkeiten die Chicane des strictum ius gegen Treu

---

*) L. 5 § 3 D. eod. 50, 13. „Consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit, id est cum libertas adimitur."

**) § 2 eod. „Minuitur existimatio, quotiens, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur."

***) L. 26 D. qui test. fac. 28. 1. „Cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium."

und Glauben durchſetzte, bevor noch das Edict des Prätor die Eliſion jeder Chicane zum Grundſatz erhoben hatte. Sie ſchwindet natürlich mit der Republik, von wo an das ehemals von ihr zu bewachende Gebiet entweder der abſolut unmittelbaren Controlle des moraliſchen Gewiſſens überlaſſen, oder der ſtrafenden Ahndung vorher beſtimmender Geſetze zugewieſen war. So ſind durch notirende edicta repentina der Cenſoren zuerſt viele Fälle herausgeſtellt, welche nachher begriffen wurden unter die ſchon gleichzeitig mit der nota censoria exiſtirende, aber dieſelbe überdauernde:

3) infamia, ignomina, Verruf. Dieſe tritt nämlich nur in beſtimmten entweder vom Civilrecht oder vom Edict erfundenen, aber im Edict verzeichneten Fällen, alſo ſtets auctoritate iuris ein; weshalb denn jede infamia nur eine infamia iuris iſt, eine infamia facti aber, welche einträte nach dem Wohlbefinden des aller Auctorität entbehrenden Publicums, nicht ſein kann. Die infamia tritt bald als unmittelbare Folge gewiſſer Verurtheilungen ein, bald in Folge gewiſſer unhonetter Handlungen. Der Inhalt der infamia iſt immer einer und derſelbe, nämlich Verluſt des ius suffragii und honorum, Unfähigkeit zum munus publicum der accusatio, mit Ausnahme der accusatio majestatis; Unfähigkeit zur gerichtlichen Stellvertretung, d. i. pro alio postulare, mit Ausnahme naher Verwandten; Unfähigkeit zur Tutel und zum gültigen Zeugniß. Geſchwiſter können die ſie ſelbſt ausſchließende Erbeinſetzung ſolcher Perſonen anfechten.

Die levis nota, weil ſie ohne Delict eintritt, iſt zwar nicht in der Definition der minutio existimationis begriffen, kann aber doch derſelben angehängt werden. Durch unmittelbares vom Rechte gebilligtes Volksvorurtheil werden gewiſſe oft unſchuldige Beſchäftigungen, eine gewiſſe, ſtets unſchuldige Geburt der Perſon als Schuld angerechnet, um ihr gewiſſe Befugniſſe der gemeinen Rechtsfähigkeit zu entziehen.

B. Gegenſtand des Rechts, Sache.

§ 30.

A. Das reine Weſen der Sache.

Die Sache (res) in ihrem gereinigten, beſonderten, Weſen iſt Gegenſtand der reinen Perſon, das integrirende Moment, Gegen-Theil der concreten Perſon, d. h. der ſich durch wirkliche Herrſchaft an der Sache manifeſtirenden. Die Perſon iſt das, für welches Etwas da iſt; die Sache iſt das, was für die Perſon da iſt. Die Perſon iſt das an ſich Bedürfende, und Dürfende, Benutzende; die Sache iſt das an ſich abſolut Unbedürfende, ſchlechthin Nutzbare.

§ 31.

B. Schichtung und Sichtung des Weſens der Sache.

Die Darſtellung des reinen Weſens der Sache iſt Reſultat ſittlicher und commercieller Erfahrung. In der natürlichen Unerfahrenheit iſt die Perſon noch in der abſoluten Concretion mit der Sache, welches Verhältniß ſich uns darſtellte in dem alten abſoluten Eigen; und dadurch ſind beide unrein und unrecht. Die Perſon hat eine zu entfernende Abhängigkeit von der Sache und Selbſtfremdheit, indem ſie der Sache ſo gut angehört, wie dieſe ihr; die Sache alſo eine unbeikommende Eigenheit und Macht über die Perſon. Die Perſon verkennt das Weſen der Sache, alſo auch ihren Umfang, denn ſie kennt nur noch ihre Sachen.

Die Stuffen des Verſtändniſſes der Sache ſind: das Vorurtheil der abſoluten Eigenthümlichkeit und Unerſetzlichkeit, welches gewiſſe Sachen (res quae in manu sunt, familia im engen Sinn) in dem ruhenden und ewigen und deshalb abſoluten Eigen behaupten, können dieſe Sachen bei der Häufung und Bewegung auf dem Markte des beginnenden Verkehrs nicht ferner behaupten. Es giebt dort nichts Einziges mehr, das nicht zu vergleichen und zu ſchätzen wäre; und die Quantität der Nutzbarkeit wird als das allgemeine, vertretbare und vermittelbare Weſen aller Sach-Qualitäten erkannt.

Dagegen wird durch genauere Erprobung der Induſtrie erfahren, daß an den einſt abſolut gleichgültig gewähnten Dingen (res quae nectebantur) der individuelle Zweck, Geſchmack, Geſchick der Perſon allerdings die freilich von da an nur noch im Rechte exiſtirende relative Eigenthümlichkeit entdecken und fixiren kann. Jede Sache kann eigenthümlich werden, aber jede eigenthümliche iſt bezahlbar. Es bewährt ſich, daß der angehörige Menſch, als Menſch abſolut ſelbſtſtändig und individuell, nicht=ſächlich iſt; und Kinder und Sclaven und wer ſonſt in der familia iſt, verſchaffen ſich, ſtatt bloß für individuelle Sachen zu gelten, directe oder indirecte die Anerkennung ihrer verkannten Perſönlichkeit. Während hiedurch das Gebiet der Sachen verliert, bewährt es ſich aber auch, daß die eigentliche und reine Perſönlichkeit an der concreten Perſon, nicht der ganze phyſiſche, äußere, Menſch iſt, aus welchem jene herauswächſt, ſondern daß die Aeußerungs= und Arbeitsfähigkeit ihres Daſeins, ſtatt das Ich und Selbſt zu ſein, vielmehr nur Eigenſchaft und Eigenthum, alſo Veräußerliches deſſelben, der reinen Perſon iſt; und ſo gewinnt das Gebiet der Sache nach dieſer Seite. Nicht bloß ein müheloſes dare rem, ſondern auch ein mühevolles facere kann Gegenſtand von Rechten, Sache, werden. Arbeiten, d. i. ſeinen Schweiß für den Andern vergießen, iſt um nichts mehr ein Wegwerfen der Ehre, Freiheit, Perſönlichkeit, als im Felde ſein Blut für Ihn und das Seinige vergießen.

Die Sache iſt alſo weſentlich nur: Quantität der Nutzbarkeit für die Perſon; die Qualität ihr unweſentlich, der Perſon weſentlich; deshalb dieſe aus der Negativität juriſtiſcher Sächlichkeit emancipirt. Die juriſtiſche Sache aber als immanentes Reſultat und Eigenthum der freien Perſönlichkeit iſt mit dieſer dem Naturgeſetz enthoben. Als Brauchbarkeit iſt ſie über die natürliche Körperlichkeit, als Quantität über die natürliche Getrenntheit und Verbundenheit hinaus.

§ 32.

C. Eintheilungen der Sachen.

Dieſe äußere Entgegenſetzung der Sache gegen die Perſon iſt Reſultat der innern, relativen Entgegenſetzungen und Theilungen des einen Weſens der Sache, und dieſe ſind aufzudecken. Die Eigenſchaften aber, auf welchen dieſe Eintheilungen der Sache beruhen, können, da das Weſen der Sache erkannt iſt als das an und für ſich unbeſtimmte, ſchlechthin für die Perſon und von der Perſon beſtimmbare, nicht abſolute, d. h. immer mit der Sache auftretende, ſondern nur relative, von der Perſon gegebene ſein, ſo weit geltend, als der Zweck und das Verhältniß, in welchem die Perſon die Sache jetzt und hier hält, es mit ſich bringt.

(Res vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur.)

Die letzteren ſind die Sachen, welche nicht unter Privatherrſchaft ſtehen oder ſtehen können, und deshalb auch insgeſammt extra commercium (scil. privatorum) ſind. Res in patrimonio ſind diejenigen, welche im Vermögen der Einzelnen ſind oder ſein können *).

§ 33.

1. Res extra patrimonium.

Dahin gehören theils die 1) Res divini iuris. Dieſe ſind a) res sacrae, die einer beſtimmten Gottheit förmlich geweihten Sachen, Tempel ꝛc. b) res sanctae, die unter beſtimmten Schutz und Frieden geſtellten Sachen, Mauern, Thore. c) locus religiosus, der Ort, wo eine Leiche liegt. 2) Humani iuris. a) res communes omnium. Sachen, an welchen Niemand ein ausſchließendes Recht hat und braucht, weil alle die Benutzung haben und gebrauchen, z. B. Luft, Meer und Meeresküſte. b) res publicae. So wird Staats- und Communeeigenthum genannt, welches den Bürgern und Communemitgliedern zur Benutzung zuſteht.

---

*) pr. § 10. I. de divis. rer. 2, 1.

§ 34.
2. Res in patrimonio.

Dieſe haben folgende zum Theil auch auf die res extra patrimonium anwendbare Eintheilungen.

1) Körperliche, unkörperliche Sachen, res corporales und incorporales. Res corporales ſind die, welche ein natürliches Daſein haben und deshalb ſinnlich vorgeſtellt und wahrgenommen werden können. Res incorporales, welche durch den juriſtiſchen Verſtand ihr beſonderes Daſein und nur für dieſen Erkennbarkeit haben; die res incorporalis iſt nämlich eine beſtimmte Nutzbarkeit einer Sache oder mehrerer Sachen. Dieſe Nutzbarkeit iſt entweder unmittelbar Object des Rechts, oder vermittelt durch die Pflicht einer Perſon, alſo ein von einer Perſon zu Gewährendes, dandum, faciendum, praestandum. Servituten, Forderungen haben ein unkörperliches Object. Eigenthum, emphyteusis, superficies haben das corpus rei ſelbſt als Object *).

2) Vertretbare (generelle, fungible), unvertretbare (ſpecielle, nicht fungible). Specielle Sache, species, iſt die Sache da, wo nach Urtheil des Rechts das Daſein und Weſen der Sache an einem beſtimmten Da und Dieſem haftet; generelle Sache, genus, iſt diejenige, deren Weſen, Nutzbarkeit, nur in einem So Viel von Derartigem, Solchem beſteht, quae

---

*) L. 1 § 1 D. de div. rer. 1, 8. „Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt: qualia sunt ea, quae in iure consistunt: sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: et id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti homo, fundus, pecunia; nam ipsum ius successionis, et ipsum ius utendi fruendi, et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum: quae etiam servitutes vocantur."

in genere functionem suam recipit*). Die eine oder die andere Eigenſchaft hat alſo im neuern Recht nicht mehr, wie im älteſten, die natürliche Sache an ſich, ſondern ſie hat dieſelbe vom Rechte nach Maaßgabe des beſtimmten Rechtsverhältniſſes, in welches ſie gebracht iſt. Deponirtes oder commodirtes Geld iſt species**); mutuirte 1000 Pferde ſind genus. Wo die Sache als genus gemeint iſt, wird ſie nicht nach Name und Zeichen, ſondern nach Zahl, Maaß, Gewicht behandelt und verhandelt, pondere, numero, mensura constat. Gewöhnlich werden vom Rechte als genus und generell beſtimmbar diejenigen natürlichen Gegenſtände behandelt, welche vorzugsweiſe durch den Gebrauch verbraucht werden, quae usu consumuntur, quarum usus consistit in abusu.

3) Bewegliche, unbewegliche Sachen, res mobiles, immobiles. Unbeweglich iſt der Erdboden und was mit demſelben durch Natur und Kunſt ſo verbunden iſt, daß es nicht gut getrennt werden kann oder ſoll. Beweglich iſt jede andere Sache. Auch dieſe Eintheilung iſt relativ. Der auf dem verkauften Grundſtück wurzelnde Baum iſt unbeweglicher Theil desſelben, der geſtohlene Baum beweglich; die in einer Baumſchule wurzelnden Bäume ſind in manchen Beziehungen bewegliche Sachen.

4) Theilbare, untheilbare Sachen, res dividuae, individuae. Eine Sache iſt theilbar, hat reelle Theilbarkeit, wenn nach Zerlegung derſelben in mehrere einzelne Sachen dieſe dem ungetheilten Ganzen an Qualität gleich bleiben und nur an Quantität davon verſchieden ſind; die Theile heißen partes

---

*) L. 2 § 1 D. de reb. cred. 12, 1. „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.“

**) L. 3 § 6 D. commodati 13, 6. „Non potest commodari id, quod usu consumitur: nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.“

certae, divisae. Juriſtiſche, ideale Getheiltheit kommt der Sache dann zu, wenn das eine Recht an derſelben unter mehrere Subjecte getheilt iſt, wenn res pro indiviso habetur a pluribus; es ſind partes indivisae.

5) Einzelne Sachen, Geſammtheit von Sachen, res singulae, universitas rerum. Eine einzelne Sache iſt im Sinne des Rechts da, wo das Recht, ohne Rückſicht auf die Gränzen, welche die natürliche, ökonomiſche oder irgend eine techniſche Betrachtungsweiſe ſetzt, in irgend einer Beziehung eine beſondere Einzelheit annimmt. Eine universitas rerum iſt dann, wenn mehrere natürlich oder ökonomiſch geſchiedene, ſeien es gleichartige oder verſchiedenartige Sachen, in einer beſtimmten juriſtiſchen Beziehung als eine behandelt werden; welche universitas wie die pars indivisa eine incorporalis res iſt. Nur da wo es ihm natürlich und bequem iſt, macht das Recht dieſe Abweichung von der Natur.

6) Hauptſachen, Nebenſachen, principales res, accessiones. Hauptſache im Sinne des Rechts läßt ſich beſchreiben als derjenige Theil eines real oder ideal zuſammengeſetzten Ganzen, welcher in Werth, Geſtalt, Gebrauch, Name dem Ganzen am nächſten kommt, je danach, worin das Ganze ſein Weſen hat. Nebenſache iſt jeder andere Theil. Zu den Nebenſachen gehören:

I. Die Früchte, fructus. Das ſind ſolche Sachen, welche ſich aus einer andern nach einer natürlichen oder juriſtiſchen Regel periodiſch erzeugen. Der Begriff oder Bereich der Frucht aber, iſt ſelbſt in Beziehung auf natürliche Frucht relativ, abhängig von dem Rechtsverhältniß, in welchem die Früchte vorkommen. Die Früchte ſind ihrem Grunde nach 1) fructus civiles, bürgerliche, juriſtiſche, wenn ſie durch die Kraft einer juriſtiſchen Regel, wie Vertrag, Geſetz; 2) naturales, wenn ſie durch Naturkraft getrieben werden. Ihrer Exiſtenz nach 1) percipiendi, welche gewonnen werden konnten, aber nicht gewonnen wurden. 2) consumti, welche gewonnen und verzehrt ſind. 3) exstantes, welche vorhanden ſind. Dieſe ſind a) pendentes, wenn ſie noch mit der Hauptſache verbunden ſind. b) separati, wenn ſie durch Abſicht oder Zufall da-

von getrennt ſind. c) percepti, wenn ſie als beſondere Sache beſeſſen werden.

Eine species der civilen Früchte ſind:

Die Zinſen, usurae, foenus. Das ſind gleichartige Quoten fungibler Sachen, welche für den genoſſenen oder dem Andern entzognen Gebrauch ſolcher Sachen dieſem gezahlt werden müſſen. Der Zinsfuß beſtimmt das Verhältniß der Zinſen zum Capital, sors, und enthält a) die Quote welche, b) die Zeitfriſt, für welche dieſe bezahlt wird. Der üblichſte Zinsfuß hatte vom Ende der Republik an, a) als die Normalquote das Hunderttheil des Capitals, centesima (pars), welches zu binae, ternae centesimae dublirt und triplirt, oder zu Halben semisses, Dritteln trientes, zwei Dritteln besses, Vierteln quadrantes &c. getheilt wurde. b) als Friſt, wenigſtens Rechnungs- wenn auch nicht immer Zahlungsfriſt den Monat.

II. Impensae und expensae ſind Verwendungen in oder für eine Sache. Dieſelben unterliegen der relativen Eintheilung in: necessariae, welche die Sache vom gänzlichen oder theilweiſen Untergang retten; utiles, welche ſie in gutem Stande erhalten oder verbeſſern; voluptuariae, welche nichts nützen. Mitunter wird für die Beſtimmung dieſes Unterſchiedes mehr das Verhältniß des Verwendenden, mitunter das Verhältniß desjenigen berückſichtigt, zu deſſen Nutzen ſie verwandt wurde.

C. Die Rechtsverhältniſſe.

§ 35.

Das Privatrechtsverhältniß iſt das rechte Verhältniß der einzelnen Perſon zur einzelnen Perſon und der Perſon zur Sache, ſein Inhalt iſt, daß die Perſon gegen die Perſon die ihr eigenthümliche Freiheit ſicher habe, und daß die Sache der Selbſtſtändigkeit beraubt, ihr ganz dienſtbar ſei. Die Perſon ſelbſt iſt es, welche durch ihr Weſen ſelbſt ſich das rechte Verhältniß verſchafft.

Der dem natürlichen, unrechten, Verhältniß der unentfalteten Perſon angehörige, abſolute und am Gegenſtande feſte Unterſchied des Rechtsverhältniſſes in nexum und manus

wird von der ſich bethätigenden Perſon als ein ihre Freiheit beſchränkender zu dem relativen und loſen Unterſchiede des perſönlichen und dinglichen reinen Rechtsverhältniſſes herabgeſetzt, welches nicht mehr wie eine Haut an der Sache haftend mit dieſer überkommen wird, ſondern in der freien Hand der Perſon iſt, und in welches je nach dem individuellen Zweck, Nutzen und Macht der Perſon jede Sache willkührlich bewahrt wird; jede Sache kann durch dingliches oder perſönliches, oder bisweilen zugleich durch beide Rechtsverhältniſſe gehabt werden. Aber ein neuer abſoluter Unterſchied, gebothen von dem wahren geläuterten Weſen der Perſon, als abſolutem Gegentheil der Sache, tritt in die Verhältniſſe: 1) die Perſon als ſolche iſt der Perſon fremd und unantaſtbar. 2) das Verhältniß zum Eigenen theilt ſich in a) das weſentlich beſchränkte Verhältniß zum eigenen Menſchen, d. i. Familienverhältniß. b) das weſentlich unbeſchränkte Verhältniß zur eigenen Sache, Vermögensverhältniß.

I. Das Familienrechtsverhältniß als das zu eigenen, angehörigen Menſchen erhält wegen der weſentlichen Selbſtſtändigkeit des Menſchen Gegenſeitigkeit, alſo Beſchränktheit, wegen der weſentlichen Totalität und Individualität der Perſon Ausſchließlichkeit; die urſprüngliche, nur noch als Sitte unmittelbare Gegenſeitigkeit und Ausſchließlichkeit vermittelt ſich zu einer rechtlich garantirten. Das Familienverhältniß hat in ſich ſeine weſentlichen Unterſchiede, nach dem Grade der an dem unterworfenen Menſchen wahrhaften Perſönlichkeit.

A. Das Eheverhältniß als das Verhältniß zu dem die eigne Perſönlichkeit des Mannes integrirenden Weſen iſt das abſolut gegenſeitige und abſolut freie.

B. Die väterliche Gewalt, patria potestas, das Verhältniß des Vaters zu den Kindern. Das Kind als totaler Ausdruck der Perſon des Vaters hat Perſönlichkeit, Selbſtſtändigkeit, die durch ſich ſelbſt vollkommen wirkſam wird mit des Vaters Tode. Bei Lebzeiten des Vaters kann ſie nur wirkſam werden durch eigne Errungenſchaft, ſo weit der Sohn ſein eigner pater und auctor iſt. Soweit aber der Vater den Sohn noch

durch Erziehung, Ernährung, Verleihung aus ſich fortzeugt, ſo weit der Vater noch fortwährend Vater iſt, ſo weit iſt er Herr; denn das iſt Vater, und ſo weit auch der Sohn in patrimonio patris.

C. Das Verhältniß zu denen, welche eine Perſönlichkeit beſitzend, durch Privatwillkühr in fremder Gewalt ſind, qui in mancipio sunt. Die vorhandene Perſönlichkeit bleibt, ſo lange ſie bei einem andern paterfamilias aufgehoben iſt, abſolut reſultatlos; aber ſie muß aufgehoben und geachtet werden, weil ſie wieder aufleben muß; das Verhältniß iſt weſentlich zeitlich, vorübergehend; denn eine Perſönlichkeit kann nicht willkührlich vernichtet werden.

D. Sclaverei, dominica potestas. Das iſt das Verhältniß zu den angehörigen Menſchen, welche ſchlechthin keine Perſönlichkeit haben, in denen alſo ſolche auch nicht von ſelbſt wirklich werden oder wiederwerden kann, denen aber die Möglichkeit, eine Perſönlichkeit zu bekommen, nicht vereitelt werden darf, und welche die unmittelbare Perſönlichkeit genießen, welche ſie ſich unmittelbar zu verſchaffen verſtehen; ſie werden geliebt und geachtet nach ihrer Liebenswürdigkeit und Ehrlichkeit.

E. Schutzgewalten über ſolche, die dem Rechte nach eine freie vollkommne Perſönlichkeit haben, aber dieſelbe nicht unmittelbar thatſächlich zu währen vermögen; weshalb denn das Recht die Natur hier wieder zurückrufen oder ergänzen muß: tutela, cura.

II. Das Vermögensrechtsverhältniß als das Verhältniß zu dem Gegenſtande, dem alle Eigenthümlichkeit und Selbſtſtändigkeit fehlt, iſt einſeitige alſo unbeſchränkte, willkührliche alſo veräußerliche Angehörigkeit, abſolutes Eigen. Alles Vermögen kann diſtrahirt und peculirt werden, iſt pecunia, und nur die ſich angehörenden Menſchen ſind familia, d. i. recht Angehörig.

A. Das Vermögen der lebenden Perſon iſt:

1) Verhältniß unmittelbarer Art, unmittelbar eignes Haben.

a) Eigenthum, dominium. Das iſt die immanente Natürlichkeit, Uranfänglichkeit, im Rechte. „Natürlichkeit“ alſo unbeſchränktes, ausſchließendes, Haben einer natürlichen, d. h. ganzen und körperlichen Sache; „im Rechte“ alſo willkührliches, freies, und an jeder Sache, über welche die Perſon Macht gewinnen und nachweiſen kann.

b) Unmittelbares, ausſchließendes Recht auf eine beſtimmte einzelne aus einer fremden Sache diſtrahirte Nutzbarkeit, iura in re aliena. Das Verhältniß hat nichts Natürliches mehr, iſt reines Recht, jus, (in iure consistit). Dahin gehören:

1) Jura, servitutes.
2) Emphyteusis.
3) Superficies.
4) Pignus, s. hypotheca.

2) Vermitteltes Haben oder Haben-Sollen durch eine Perſon, Forderung, Schuld, obligatio. Hier hat die weſentlich immer negative Rechtspflicht den Schein des Poſitiven, ſie iſt aber in Wahrheit negativ. Der Schuldner iſt nur gehalten, per se non staturum, quo minus ad suum creditor perveniat. Wegen der weſentlichen Aeußerlichkeit jeder Sache kann jede Sache geſchuldet werden ohne Schmälerung der Perſon des Schuldners; wegen der weſentlichen Erſetzbarkeit und Gleichgültigkeit, kann jede credirt werden ohne Täuſchung des Gläubigers. Durch die Erfindung des Geldes iſt das Weſen jeder Sache unvergänglich, denn das Weſen der Sache iſt im Rechte nur die Werth-Quantität. Die Perſonen ſind nur das Mittel, die Vermögen Quelle und Ziel. Es wird geſchuldet durch den Schuldner zwar, aber aus ſeinem Vermögen; es wird gefordert von dem Gläubiger, aber für ſein Vermögen. Die reine Perſon kann aus ſich kein Vermögen geben, da ihr Weſen iſt, Nicht-Sache zu ſein; die reine Perſon kann für ſich kein Vermögen fordern, da das Weſen ihrer weſentlichen Intellectualität iſt, keines zu bedürfen. — Das Vermögen iſt, im vollſtändig dargeſtellten Syſtem in ſeinem abſoluten und reinen und vollen Unterſchiede von der Perſon begriffen.

B. Vermögen der aufhörenden Perſon.

Die bloße Perſon, die in die Gruft gegangen, und die Gruft iſt religiosum, auſſer allem Vermögen. Aber das ganze wirklich, d. i. äußerlich gewordene Vermögen iſt außerhalb der Perſon, und wird deshalb von der abgehenden nachgelaſſen. Es iſt ein rechtlich, objectiv Gewiſſes, Dauerhaftes, was die Perſon wirklich vermogte und nicht vermogte. Dieſer Nachlaß iſt zwar, weil er nicht mehr anhängig an ihr iſt, auch nicht mehr abhängig von der nicht mehr vorhandenen Perſon, aber iſt doch die Aeußerung, Vermögen dieſer Perſon, oder dieſe vermögensrechtliche Perſönlichkeit, und als ſolche Totalität und Individualität; und wer in das Vermögen der durch natürlichen oder bürgerlichen Tod abtretenden Perſon ſuccedirt, kann nur in ihre universitas, d. i. in ſie ſuccediren; denn die immanente Einigkeit der Perſon macht, daß jedes Beſondre mit jedem Beſonderen verfließt in dem ſubſtantiven „Ihr, Ihriges.“

D. Rechtsgeſchäfte.

§ 36.

Mit der Mannigfaltigkeit der Rechtsverhältniſſe mehrt ſich auch der Inhalt der Rechtsgeſchäfte und damit auch die Form derſelben, welche nur der geäußerte Inhalt iſt.

Das reine Weſen aller Geſchäftsform iſt, daß dadurch der Inhalt erkennbar und gewiß werde, daß uns was beſchafft iſt, actum est. In der Gewißheit iſt weſentlich die Deutlichkeit, unweſentlicher die Dauerhaftigkeit der Darſtellung enthalten.

Das alte concrete Recht, die Deutlichkeit und Dauerhaftigkeit noch nicht ſcheidend, glaubte dieſe nicht anders als durch lex per aes et libram und Zeugen, dadurch aber allenthalben ſicher zu erreichen. Im discreten neuern Recht ſcheidet ſich die Deutlichkeit von der Dauerhaftigkeit. Die letztere, testatio, memoria, wird nicht mehr allgemein zum Daſein jedes Geſchäfts gefordert, ſondern den Betheiligten häufig überlaſſen, das Gedächtniß des ohne dies doch daſein-

den Geſchäfts nach Wohlbefinden zu ſichern. Als Erklärungs- und Deutungsmittel tritt an die Stelle der alten lex per aes et libram für viele Geſchäfte das bloße bündige und auch das laxe Wort, nicht allein das geſprochene, ſondern auch das geſchriebene; ja ſelbſt die ſtumme aber deutliche Thatſache, ja ſelbſt die nur deutbare, und endlich das Geſetz kann Alles deuten. Es giebt demnach im neuern Recht vier Arten der Willensäußerung:

a) ausdrückliches Wollen, expressa voluntas, d. i. eine Handlung, die nur in der Abſicht, einen Willen kund zu thun, gethan iſt, beſtehe ſie in Wort, Schrift oder anderem Signal.

b) ſtillſchweigendes Wollen, tacita voluntas, iſt ein innerlich fertig daſeiender Wille, deſſen entſchiedenes Daſein aus dem Daſein oder Nichtdaſein von Umſtänden oder Handlungen erkannt wird, deren Daſein oder Nichtdaſein nur bei ſolchem Wollen möglich iſt.

c) vermuthliches Wollen, praesumta voluntas, iſt ein Wollen, zu welchem die Perſon ſich nicht wirklich, auch nicht innerlich entſchloſſen hat; aber aus Umſtänden oder Handlungen ergiebt ſich die Vermuthung, daß wenn ſie einen Entſchluß gefaßt hätte, ſie Solches entſchloſſen haben würde. Wo der allgemeine Menſchenverſtand unmittelbar die Annahme rechtfertigt, iſt dieſe eine praesumtio facti s. hominis; wo die Geſetze ſie vorſchreiben, bis das Anders erwieſen, eine praesumtio iuris.

d) fingirtes Wollen, ficta voluntas. Wenn das Geſetz wegen allgemeiner Wahrſcheinlichkeit oder Nützlichkeit, trotz wirklicher Unwahrſcheinlichkeit oder Gewißheit des Gegentheils im beſtimmten Fall, der Perſon ein beſtimmtes Wollen unterzulegen befiehlt.

Dieſe Mannigfaltigkeit und Freiheit der Willensäußerung iſt die bona fides des neuern Rechts. Das gegenſeitige Zutrauen und gegenſeitige Verſtändniß, auch ohne das in Erz geſchloſſene, ſofort bezeugte Wort, iſt Gemeinbedürfniß und Gemeingut. Allenthalben gilt das gewiſſe Zugetraute und innerlich Gemeinte, denn das iſt der aus der Mehrheit der ſich von ſelbſt bildenden Formen zur Erkenntniß gebrachte Zweck aller For-

men, Aeußerungen; das Wort iſt jetzt ein Mittel neben andern Mitteln.

Wo nun aber im neuern Recht ein Geſchäft des älteſten Civilrechts wirklich gemeint iſt, actum est, da muß eben deswegen auch die ganze beſtimmte Form und Beobachtung deſſelben angewandt werden, gleich viel ob dieſe in concreto dem Inhalt und der Abſicht des Geſchäfts convenirt und nützlich iſt. Denn es iſt weſentlich an den alten Geſchäften des alten concreten Rechts, daß daran Alles Beſondere weſentlich oder daß daran keine Unterſcheidung des Allgemeinen und Individuellen iſt, alſo vom Einzelnen nicht geklügelt und geändert werden kann. Daher bei dieſen auch keine Stellvertretung zuläſſig.

Bei den neuen natürlichen Geſchäften, die eine unmittelbare Berechtigung genießen, die alſo nur die unmittelbar und individuell gemäßen und nützlichen Formen haben, galt daher auch Stellvertretung, wenn man ſie riſikiren wollte; und dieſe kann ohne Widerſpruch gegen den Begriff der Perſon, als das Unvertretbare, ſchlechthin Eigenthümliche Statt haben; denn nur eine einzelne Aeußerung der Perſon, alſo Sächliches wird vertreten. Niemand kann eine Ehe oder väterliche Gewalt für den andern üben. Das alte Recht hatte die Vertretung der Perſon unmöglich erkennen müſſen, weil es des Verſtändniſſes, d. i. der Discretion der bloß vorgeſtellten, noch unbegriffenen Perſon in Er und Sein oder Sie und Ihriges noch nicht mächtig war. Es identificirte die Perſon abſolut mit dem Ihrigen.

(Nebenbeſtimmungen der Rechtsgeſchäfte.)

Der wachſende Reichthum und die Mannigfaltigkeit der Rechtsgeſchäfte bringt allmählig eine Menge häufig vorkommender Nebenbeſtimmungen mit ſich, welche dem alten Recht theils wenig, theils gar nicht bekannt waren, von denen die allgemeinen Bedeutungen für das demnächſt erforderliche Verſtändniß ihrer Wirkungen im Beſondern zum Voraus angegeben werden müſſen.

1) Die Bedingung, condicio, iſt zu beſtimmen als ein ungewiſſer nicht in der Natur des Geſchäfts liegender Umſtand, von deſſen Eintritt das Entſtehen oder Beſtehen der Wirkſamkeit des Geſchäfts oder eines Theils deſſelben abhängig gemacht wird. Die erſtere, von welcher das Entſtehen abhängen ſoll, die eigentlichſte Bedingung, nennt man Suspenſivbedingung; die zweite, welche das Aufhören des ſchon wirkſam gewordenen Geſchäfts herbeiführen ſoll, Reſolutivbedingung. Danach ob der Eintritt in der Macht eines Betheiligten iſt oder nicht, werden ſie in poteſtative und in caſuale Bedingungen eingetheilt. Die obſchwebende Bedingung heißt condicio pendens, die eingetretene existens, die ausbleibende deficiens.

2) Tag, Termin, dies, iſt ein Zeitpunkt, entweder von wo an, dies a quo, oder bis wohin, dies ad quem, das übrigens unbedingt gewiſſe oder außerdem noch bedingte Geſchäft beſtehen ſoll. Der dies kann abſolut beſtimmt ſein, d. i. daß er und wann er eintreten wird, dies certus; oder er iſt ein dies incertus. Soll dieſer letztere als dies gelten, ſo muß doch gewiß ſein, daß er jemals eintreten werde, dies nur incertus quando (existat); denn ſo oft ungewiß iſt, ob er jemals eintreten werde, dies incertus auch an (existat unquam), ſo iſt im Sinne des Rechts eine Bedingung vorhanden. Der wahre dies incertus aber iſt von der Bedingung dadurch verſchieden, daß durch jenen nur der Zeitpunkt des Anfangs oder des Endes, durch die Bedingung aber die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz des Geſchäfts ſelbſt, das Anfangen und Enden überhaupt zweifelhaft gemacht wird.

3) Beſchränkung, modus, iſt eine beſchränkende Auflage, welche dem durch das Geſchäft Gewinnenden gemacht wird, betreffe ſie das Gewonnene unmittelbar, oder zunächſt ein Anderes. Solcher modus iſt alſo von der poteſtativen Suspenſivbedingung dadurch verſchieden, daß die Wirkung des Geſchäfts sub modo ohne Verzug und Zweifel entſteht; von der poteſtativen Reſolutivbedingung dadurch, daß durch die Nichterfüllung des modus an ſich niemals das Fortbe-

ſtehen des Geſchäfts reſolvirt wird; nur die Erfüllung des modus kann gefordert werden.

§ 37.

E. Interpretation und Verſtändniß des Rechts.

So lange ſich das Recht in ſtiller Einfalt von ſelbſt macht, behält es ſich und verſteht es ſich auch von ſelbſt; Deutung und Behältniß lebt mit und in ihm, iſt nicht von ihm geſchieden. Aber ſeine innerliche, weſentliche Unendlichkeit wird laut und offenbar in Zweifält- und Tauſendfältigkeit; die Deutung und Aufbewahrung ſeines ganzen Reichthums, die nicht unmittelbar mehr bleiben kann, wird vermittelt durch das Wort beſonderer Organe. So iſt geſchehen und geſchieden, geſchehen, daß das Unendliche, Allgemeine dem Endlichen Einzelnen gegenübergetreten iſt, es geſchieht, daß dieſes hinter jenem zurückbleibt. Das Wort und die Anſchauung, mens, des Vereinzelten faßt nicht mehr das ganze Angeſchaute und Erſtrebte, den lebendigen niemals beendeten Inhalt. Dieſer wird durch das ihm fremde Behältniß, das ihn deuten ſoll, auch getrübt und verſteckt, und antiquirt in demſelben alternden endlichen Wort, das ihn gegenwärtig erhalten ſollte.

Es ſtellt ſich für die fortwährend gegenwärtige Handhabung des Rechts in ſeiner Wahrheit die Aufgabe der Interpretation, daß die Verdunklung und Hemmung, welche das endliche Mittel des Buchſtaben bringt, entfernt, und der Inhalt in ſeine weſentliche Unmittelbarkeit und Gegenwärtigkeit *) hergeſtellt werde, denn um das Recht von jetzt und für jetzt und von hier handelt es ſich immer jetzt und hier.

Das was interpretirt, d. h. durchdrungen und durch-

*) L. 26. 27. D. de leg. 1. 3. „Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est: et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.“

brochen werden ſoll, ſind zunächſt die Worte, um den Gedanken, die Abſicht, den Willen des Geſetzgebers in ſeinem unverkürzten und reinen Umfang zu gewinnen *). Ein jedes Geſetz, überhaupt jede Rechtsnorm beſteht aus einem correlaten antecedens und consequens, oder Thatbeſtand und Urtheil, dispositio; ſein abſtracter Inhalt iſt: „wo ſolche Thatſache iſt, ſoll ſolche Rechtswirkung ſein:" oder: „die an ſich ſolche Thatſache iſt für das Recht, im Sinne des Rechts ſolche". Was nun in beider Beziehung der Wille des Geſetzgebers explicite beſtimmt umfaßte, das iſt Abſicht, mens legis, legislatoris. Dieſe muß gelten, auch wo die Worte, welche ſie darſtellen ſollten, undeutlich, zu weit oder zu eng waren d. i. ex mente legis declarirt, extendirt und reſtringirt man ſeine Worte.

Aber ſo wenig, wie das Wort immer genau die Abſicht des Geſetzgebers begreift, eben ſo wenig kann die Abſicht des einzelnen Geſetzgebers immer die ganze Anwendbarkeit und den ganzen Umfang deſſen, was er der Tendenz nach beabſichtigt, in der That abſehen **); und ſo muß demnächſt die mens legis, der Geſichtskreis des Geſetzgebers durchbrochen werden. Die Geſetze ſind nur da um des Rechtes willen; nicht der ſubjective Gedanke und die Abſicht, ſondern das objective Gedachte und Beabſichtigte, das Ding an ſich ſoll gelten. Und es war dem Geſetzgeber nicht um ſeine Worte, ſondern um die darin enthaltene Abſicht, nicht um ſeine Abſicht, ſondern um das in dieſer enthaltene Weſen und Beſchaffenheit, ratio, zu thun; für dieſes Weſen hat er, ſo wie er that, disponirt, nicht deswegen, weil er daſſelbe erſah und wahrnahm, ſondern weil es ſo iſt, alſo auch, wo es ſo iſt. Die ratio legis iſt der unmittelbare, der

*) L. 17. D. de leg. 1. 3. „Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem."

**) L. 10 D. de leg. 1. 3. „Neque leges neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur: sed sufficit et ea, quae plerumque accidunt, contineri."

juriſtiſche Grund, das Fundament eines Geſetzes, einer Diſpoſition; das Geſetz, die Diſpoſition, iſt die unmittelbare juriſtiſche Folge dieſes thatſächlichen Grundes: ubi eadem ratio ibi eadem dispositio d. h. secundum rationem legis muß ſogar die mens legis ausgedehnt, überſchritten werden *).

Die ratio oder die Endabſicht kann alſo da ſein, ohne daß die nächſte Abſicht, mens, da war, das Allgemeine ohne das Beſondre. Iſt aber nicht einmal die ratio vorhanden, ſo kann die Abſicht noch weniger da ſein, denn wenn das Allgemeine überhaupt nicht da iſt, kann es auch nicht in einer beſondern Auffaſſung da ſein, oder cessante ratione cessat lex ipsa, wenn auch die Worte den Schein des Daſeins geben ſollten.

Das wahre Geſetz iſt alſo immer die ratio legis. Bis zu ihr müſſen nicht bloß die Worte, ſondern auch die oft engere mens legis ausgedehnt werden. Ihr gemäß muß auch das unbeabſichtigte, vage Wort reſtringirt werden. Hingegen die Frage, ob die wahre (nicht bloß ſcheinbare) mens legis nach der ratio reſtringirt werden könne, kann nicht aufgeworfen werden, da die mens, wenn ſie von der ratio divergirt, immer ſchon enger iſt, als dieſe.

Was den Sprachgebrauch betrifft, ſo fließt dieſer wie die Sache ſelbſt oft in einander. Eines Theils, weil nicht immer zu erſehen und zu unterſcheiden iſt, wie weit der Geſetzgeber die objective ratio ſeines Geſetzes in allen ihren möglichen künftigen Erſcheinungen und Verbindungen zum Voraus abſah, und endlich weil die ganze, volle ratio jedesmal, wo er es nicht verneint hat, in ſeiner abſtracten Abſicht liegt, (denn ſo fordert es die ratio iuris, das allgemeine Weſen des Rechts d. i. aequitas, daß das was in der That Gleiches iſt,

*) L. 12 D. de leg. I. 3. „Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatusconsultis comprehendi: sed cum aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere, atque ita ius dicere debet." L. 13 eod.

auch im Rechte als dieſes Gleiche gelte), ſo verwechſelt man häufig die Ausdrücke mens und ratio legis; nennt endlich die ratio legis auch wohl ratio iuris scil. hujus illius; weil nämlich eine beſtimmte Rechtsnorm oder ein beſtimmter Complex von ſolchen auch jus, (d. i. ein, hoc, illud jus) genannt wird *)

Endlich wird ratio legis, welche bisher bloß den unmittelbaren d. h. juriſtiſchen Grund bezeichnete, auch gebraucht um den mittelbaren, politiſchen Grund zu bezeichnen. Der juriſtiſche Grund iſt die thatſächliche Qualification, Wo und Wann ein Geſetz gelten ſoll. Der politiſche Grund iſt das außerhalb liegende Motiv, Warum ein Geſetz gelten, dasjenige, Was durch ſeine Geltung erreicht oder vermieden werden ſoll, der Nützlichkeitsgrund.

Bei den reinen Rechtsgeſetzen iſt kein beſonderer politiſcher Grund und Zweck von eigenthümlichem Inhalt nebenher, ſondern immer nur die Geltung des Rechtsgrundes der Zweck. Z. B.: „Wer Eigenthum an der Sache hat, darf ſie fordern." Rechtsgrund: „Wer Eigenthum hat"; politiſcher Grund: „des fordern dürfens kein anderer als:" „damit er ſein Eigenthum habe, das ihm zukommt."

Bei Polizeigeſetzen d. i. Nützlichkeitsgeſetzen, oder ſolchen Rechtsgeſetzen, die eine polizeiliche, eine Nützlichkeits-Rückſicht aufnehmen, iſt immer ein vom Rechtsgrund noch geſchiedener beſonderer d. i. politiſcher Grund, z. B.: „Eine Erbeinſetzung der Weiber auf einen reichen Nachlaß iſt ungültig." Da iſt der juriſtiſche Grund: „das auf einen reichen Nachlaß eingeſetzte Weib"; der politiſche Grund: nicht der unmittelbare, daß ſie den Nachlaß nicht haben ſoll, ſondern vermuthlich der, daß die Gefahr des Misbrauchs vermieden werde.

Mag nun der politiſche Grund (ratio in dieſem Sinn) im beſondern Fall vorhanden ſein oder nicht, das Geſetz muß gelten **),

---

*) Gaj. I, 3. „Sed hoc totum jus partim legibus sublatum est."

**) L. 20. 21. D. de leg. I, 3. „Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi postest. Et ideo ra-

wenn der juriſtiſche Grund d. h. der eigentliche Platz da iſt, locus erit legi. Alſo wäre im vorliegenden Beiſpiel eine eingeſetzte Frau notoriſch noch ſo haushälteriſch, die Dispoſition des Geſetzes würde gelten d. i. die Einſetzung dürfte nicht beachtet werden.

Zweiter Abſchnitt.

Die einzelnen Rechtsverhältniſſe in ihrer geſchichtlichen Entwicklung.

Ueberſicht des Syſtems:

I. Die Rechtsverhältniſſe unter Lebenden.
A. Vermögensrecht.
1. Unmittelbare, dingliche Vermögensrechte.
a) Eigenthum, Dominium.
b) Dingliche Rechte an fremden Sachen, jura in re aliena. } Erſtes Buch.
2. Mittelbare, perſönliche Vermögensrechte, Obligationes et actiones .... Zweites Buch.
B. Familienrecht. .... Drittes Buch.
II. Erbrecht. .... Viertes Buch.

Erſtes Buch.

Unmittelbare, dingliche Vermögensrechte.

Erſtes Capitel.

Eigenthum, Dominium.

I. Dominium ex iure Quiritium.

§ 1.

A. Entſtehung deſſelben aus der manus.

Während die Gewalt über die Kinder, die Frau und andere freie Perſonen, welche ſich ſonſt etwa in der Familie

---

tiones eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur."

befanden, durch allmähliges Anerkennen der Perſönlichkeit in ihnen ſich immer mehr zu beſonderen, beſchränkten Rechtsgewalten geſtaltete, blieb doch unbeſchränktes dingliches Recht an den übrigen Dingen, die in manu zu ſein pflegten, und wurde ſolches ſogar Sitte an den andern Sachen, die damals nicht in manu waren, res quae p. n. m. constant, Heerdenvieh ꝛc. an eigentlicher pecunia. Denn auch bei dieſen Sachen zeigte ſich allmählig zu häufig das Bedürfniß einer unmittelbaren Verfolgung. So wurde es Rechtsſitte allenthalben beim Verluſte einer Sache aus rechtmäßiger Gewalt, wenn und wo es nur möglich war, kenntlich und gewiß zu machen, daß dieſe wirklich dieſelbe Sache ſei, auch auf dieſe ſelbſt, d. h. dinglich zu klagen. Und dieſes neue dingliche Recht wurde, nachdem man eine entſprechende Proceßart für daſſelbe erfunden hatte, ſchon bald nach den 12 Tafeln ſtatt der von jetzt an zerſprengten und verſchwindenden manus, die Baſis und der Stamm des ganzen Vermögensrechts. Sein Inhalt iſt: „unbeſchränkter, ausſchließender, unmittelbarer Anſpruch auf eine jede körperliche, beſitzbare, in specie erkennbare und verfolgbare, wirklich beſeſſene Sache, welche in dem damaligen commercium vorkam.“

Dieſes neue Recht iſt der alten manus darin gleich, daß es, wie dieſe 1) eine unmittelbare, 2) eine unbeſchränkte Gewalt an einer ganzen körperlichen Sache iſt; verſchieden dadurch 1) daß es nicht an einem liberum caput, 2) daß es wohl an Sachen ſein kann, welche nicht in manu waren d. i. an pecunia, 3) weſentlich verſchieden dadurch, daß, während bei der manus an dem Gegenſtande derſelben ein Dritter ein gleichzeitiges unmittelbares Gebrauchsrecht (servitus) ſehr ausnahmsweiſe, ein mittelbares (nexum, obligatio) gar nicht haben konnte, bei dem neuen Eigenthum dagegen ſolches in beiderlei Form in der größten Ausdehnung möglich wurde.

Wie nun das neue Recht dem Inhalt und Objekt nach ein anderes war als das alte, ſo änderte ſich auch der Name. Eine ſubſtantiviſche Bezeichnung war während der Zeit der Republik gar nicht, oder nicht gewöhnlich, ſondern gemäß dem Weſen des Rechtes, nach welchem die Sache unbeſchränkte Eigenſchaft

der Perſon wird, wurde daſſelbe mit dem abſoluten Eigenſchaftswort bezeichnet: „meum, tuum, suum, ejus, z. B. meus fundus, meus servus“, auch wohl mit dem Zuſatz: „ex iure Quiritium oder Romano.“ „Meum ex iure Quiritium“ heißt: „Mein nach Sage der Vorfahren.“ Erſt in der Kaiſerzeit iſt der ſubſtantiviſche Name dominium oder dominium ex iure Quiritium gebräuchlich, aber die adjectiviſche Bezeichnung durch meum, tuum, suum gebräuchlicher. Der Herr, Eigenthümer, heißt dominus, dominus iustus, d. legitimus, d. ex iure Quiritium.

Das Klagen auf die Sache hieß jetzt natürlich auch nicht mehr manum conserere; denn weil nicht leicht eine manus mehr war, ſo behauptete ſie auch Niemand; ſondern es hieß: rem suam esse intendere, agere in rem, ſchlechthin vindicare rem, das Klagerecht: actio in rem, rei vindicatio. Die Ausübung des Klagerechts im Proceß geſchah, wo noch die alten Vorausſetzungen einer manus ſich fanden, wohin z. B. gehörte, daß es eine manus-Sache war, daß man wirklich freies Eigen, unbeſchränkt durch neuere jura in re anſprach ꝛc., noch durch die alte Proceßart des manum conserere, ſonſt wo nur ein Eigenthum des neuern Rechts angeſprochen wurde, per sponsionem oder per formulam petitoriam *); denn das war die dieſem Rechte eigenthümliche Proceßart.

§ 2.

B. Erwerb des dominium ex iure Quiritium.

Damit eine Sache ex iure Quiritium gehabt würde, blieben auch für die Kaiſerzeit noch genau alle Erforderniſſe der alten Zeit der Entſtehung dieſes Rechts:

1) Der Habende mußte entweder Quirite, civis ſein, oder doch Quiritiſche Verkehrsbefugniß, commercium (scil. ex jure Quiritium) haben, entweder als Latine, oder durch beſondere Vergünſtigung, commercium concessum **).

---

*) Gaj. IV, § 16. 91.

**) Ulp. XIX, 4. „Mancipatio locum habet inter cives Ro-

2) Gegenſtand mußte eine res in commercio (scil. Quiritium), eine Sache ſein, welche ſchon das alte Quiritiſche Recht bald nach den 12 Tafeln in ſeinem commercio gekannt hatte, nicht eine ſolche, welche erſt der neuere Verkehr als Objekt eingeführt hatte, wie fundi provinciales, denn das alte Recht gehört ſo wenig für die neuen Sachen als für die neuen Perſonen. Die Sachen durften keine ſolche ſein, welche in der Uebergangsperiode vom alten zum neuen Verkehr aus der Sächlichkeit zur Perſönlichkeit erhoben waren, keine liberorum hominum personae, wie filii, nepotes &c.; denn das Weſen, was zum Theil ſich ſelbſt gehört, kann nicht ein Anderer abſolut ſein nennen *).

3) Die Sache mußte ſo erworben ſein, wie die alten Quiriten ſolche zu erwerben pflegten. Und in dieſem Punkte bedurfte es gewiß ſchon im 6ten Jahrhundert der Belehrung, welche ſchon die älteſten Juriſten gaben, darüber, welche emtiones d. i. Erwerbungen einen dominus legitimus s. ex iure Quiritium machten **).

Weniger ſchwierig waren die Erwerbarten, bei welchen man ſein eigner auctor war, wie Occupation, Specification, Uſucapion; leicht auch noch die, welche auctoritate populi oder magistratus gemacht wurden.

Schwieriger war es, wo man, ohne öffentliche Auctorität, einen bloßen privatus zum auctor hatte, durch Hin=Ueber=

---

manos et Latinos coloniarios, Latinosque Junianos, eosque peregrinos, quibus commercium datum est.“

*) Gaj. II, § 48. „Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.“ — L. 1 D. de rei vind. (VI, 1).

**) Varro de R. R. II, c. 10, § 4. „In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit, si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit, aut si in iure cessit, qui potuit, et id ubi oportuit, aut si usu cepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve, quum in bonis sectioneve cujus publice venit.“

gabe, venditione traditione, von dieſem das dominium erwerben wollte. Denn in ſolchen Fällen wurde von den Rechtskundigen für gut befunden, placuit, einen Unterſchied zu halten je nach der Natur der Sachen. Bei gewiſſen Sachen ſchien ihnen das bloße Hingeben von Seiten des richtigen Eigenthümers, in der Abſicht Eigenthum zu übertragen, nuda traditio ex iusta causa zu genügen*), weil auch die Rechtsſitte der alten Mitbürger, jus civile, jus Quiritium es niemals anders gemacht hatte. So bei Geld, Getraide, Wein, einem Schaaf, einer Ziege, Schwein, auch allenfalls einem Stück Rindvieh. Andre Sachen, von denen jene Alten ſagten, daß ſie ſie in manu hätten, die pflegten ſie mit Zeugen und lex mit aes und libra, das nannten ſie mancipio, zu empfangen und zu übergeben. So wie es nun Sitte blieb, die Sachen erſterer Art, wie von jeher geſchehen war, durch bloßes Hingeben zu übertragen, auch nachdem ein in rem agere, intendere ex iure Quiritium suum esse bei denſelben Sitte geworden war; ſo blieb es bei den alten Manus-Sachen auch noch lange nach den 12 Tafeln üblich, dieſelben per aes et libram i.e. mancipio zu geben und zu nehmen, auch nachdem man nicht mehr bei dieſen manum conserebat nach der alten Proceßart, ſondern in der Regel per sponsionem oder per formulam intendebat suum esse nach der neuen Proceßart, welche erfunden und hervorgetrieben war durch das neue dingliche Grundrecht des dominium ex iure Quiritium, welches neben alten Manus-Sachen auch die Nexus-Sachen zum Objekt hatte. Man behielt bei den Manus-Sachen die alte Sitte des mancipium bei, aus keinem andern Grunde, als weil man es ſo ſah und that. Bei den andern Sachen fing man das Mancipiren nicht an, eben wieder, weil es bisher nie geſchehen war. Das ging ſo fort und Jeder wußte, daß gewiſſe Sachen bei der Veräußerung mancipirt wür-

*) Ulp. XIX, 7. „Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet, si ex iusta causa traditae sunt nobis.“

den und auch wohl werden müßten, oder ſonſt einer andern civilen Erwerbs-Art bedürften. Man wußte, quasdam res mancipari i. e. mancipi, quasdam nec mancipi *). Warum, wußte Niemand; ſie wußten nur, daß es ſo alte Sitte und alſo Rechtens wäre **). Die Sitte der Vorfahren beobachten war Recht thun und Recht haben. Mit andern Worten, es war natürlich geltendes Recht, daß niemand bei einer Sache behaupten konnte, daß ſie ex iure Quiritium sua d. i. nach Sage und Satzung der Vorfahren ſein ſei, wenn er bei ihrem Erwerbe das jus majorum nicht beobachtet hatte. Für dieſe Sachen, von denen man hörte und in den Rechtsbüchern las, bald daß ſie mancipirt würden, bald daß ſie mancipirt werden müßten, für dieſe res mancipi s. solitas s. debentes, und für die nec mancipi solitas, debentes bildete ſich das Compendium des Sprachgebrauchs, res mancipi und res nec mancipi, Mancipirſachen, welches die Doctrin als Kunſtausdruck recipirte. Alſo res mancipi waren die Objekte des dominium ex jure Quiritium, die in alter Zeit Objekt der manus geweſen waren und noch ſpäter, ſo wie damals, weil damals, mancipio s. mancipatione übertragen wurden, res nec mancipi diejenigen Objekte des dominium, an welchen das alte Recht kein dingliches Recht kannte, an welchen aber durch die Sitte ſpäterer Zeit die neue dingliche Klagintention des suum ex iure Quiritium zugelaſſen wurde.

Die Juriſten hatten nun nach ihrer Erfahrung anzugeben, welche Sachen denn mancipi und welche nec mancipi ſeien. Einige führten mehrere, andre wenigere auf. Sclaven, Laſt-

---

*) Gaj. II, 18. 19. „Magna autem differentia est mancipi rerum et nec mancipi. „Nam nec mancipi nuda traditione abalienari possunt. — § 20. eod. — 22 eod. Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur, unde — mancipi res sunt dictae: quod autem valet mancipatio, idem valet et in iure cessio.“

**) L. 20. D. de leg. I. 3. „Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.“

und Zugthiere, Grundſtücke des alten commercium, fundi Italici nannten alle als mancipi; die meiſten auch iura praediorum rusticorum, als welche ſchon dem alten commercium als Gegenſtand dinglichen Rechts bekannt, mit aes und libra beſtellt wurden. Solche Sachen, die eigentlichſt Nexusſachen waren, quae p. n. m. constant, Erz, Silber, Geld, Getraide, kleines Heerdenvieh, eigentliche wilde Thiere zählte niemand auf. Bei gezähmten Thieren, bei großem Heerdenvieh, wie Rindvieh, waren die Angaben der Juriſten, gleich wie die Sitte, welche ſie anzugeben und zu erzählen hatten, ſchon von Alters her ſchwankend *). Die Tendenz der Späteren, welche ſchon alle Einſicht in den Grund und die Bewandniß dieſes Unterſchiedes verloren hatten, ging dem Geiſt und Bedürfniß des Verkehrs gemäß auf möglichſte Verkleinerung des Verzeichniſſes der res mancipi. Dies gilt wenigſtens von allen Juriſten aus der Kaiſerzeit.

§ 3.

A. Mancipatio.

Der Name des Geſchäfts, welches Eigenthum per aes et libram überträgt, iſt noch am Ende der Republik mancipium; im Anfang der Kaiſerzeit hingegen ſchon mancipatio, und manci-

---

*) Ulp. XIX, 1. „Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item iura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus, item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt.“ — Gaj. II. 15. . . . . statim ut nata sunt, mancipi esse putant. Nerva vero, Proculus, et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi esse . . . . . . § 16, nec mancipi sunt, veluti ursi, leones, item ea animalia, quae ferarum bestiarum numero sunt, veluti elephanti et cameli.

pium heißt von da an der mancipirte Gegenſtand. Zu einer mancipatio in jener Zeit war noch erforderlich: 1) daß emtor und venditor ſelbſt in Perſon gegenwärtig ſeien, oder daß in ihrer Gewalt befindliche Menſchen für ſie handeln; ein dritter Stellvertreter galt nicht, denn die Alten kannten das nicht; 2) die Sache mußte gegenwärtig ſein; denn die Alten verlangten es ſo; ausgenommen Grundſtücke, denn dabei pflegten ſchon die Alten Anderes; 3) wenigſtens fünf Zeugen; denn man hatte es niemals mit einer geringeren Zahl gewagt; 4) dieſe Zeugen puberes cives Romani; 5) ein libripens, eine Perſon die eine eherne Waage hält; denn dies Alles beobachteten die Alten. Die lex mancipationis aber, welche früher den ganzen Vertrag d. i. alle individuellen rechtlichen Beſtimmungen dieſes Geſchäfts enthielt, wurde, da es Sitte geworden war, den Vertrag, welcher die rechtlichen Beſtimmungen enthielt, vorher zu machen, und durch denſelben den Eigenthümer zum dare zu verpflichten, ſchon am Ende der Republik eine ſtehende, gleichlautende Formel und die ganze mancipatio nichts als eine ſolenne Vollziehung der durch den Uebertragungsvertrag ſchon juriſtiſch nothwendigen Uebertragung, und alſo im Gegenſatze des wahren vorhergegangenen Veräußerungsvertrages, der emtio venditio vera, eine bloß imaginaria emtio venditio. Die Formel, welche der Erwerber ſpricht, iſt: „hanc rem ex iure Quiritium meam esse ajo eaque esto mihi emta hoc aere aeneaque libra“. Dieſe Sache erkläre ich für mein — (in Gegenwart des bisherigen Herrn, und dieſer ſchweigt —) und ſie ſei mir erworben vermittelſt dieſes aes und libra.“ Darauf wurde 6) noch immer die aere librae percussio vorgenommen, weil auch ſie alte Sitte war. Dieſelbe war ſo überflüſſig wie der ganze Ritus es nach dem vernünftigen Urtheil der Gegenwart war, welches der Prätor ausſprach. Die mancipatio iſt von jetzt an nichts anderes als eine traditio aere et libra, im Gegenſatz einer nuda traditio *).

*) Gaj. II. 86—90. Ulp. XIX, 3. Gaj. I. 119 „Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: quod et ipsum jus proprium civium Romano-

§ 4.

B. In iure cessio.

Jede Veräußerung des Eigenthums geſchah nun gültig entweder nuda traditione, nämlich bei res nec mancipi, oder traditione aere et libra, bei res mancipi.

Wo man aber über etwanige beabſichtigte Nebenpunkte z.B. Zurückhalten einer Servitut u. ſ. w. in Betreff der rechtlichen Zuläſſigkeit des Beabſichtigten im Zweifel war, da pflegte man eine ſo qualificirte Eigenthumsübertragung, wie jedes Geſchäft, wobei man etwas Neues durch Sitte noch nicht Befeſtigtes verſuchen wollte, in iure d. i. vor der betreffenden Obrigkeit, dem Prätor, vorzunehmen. So hatte man für die Rechtsbeſtändigkeit ſeines Geſchäfts entweder die Entſcheidung von der viva vox iuris civilis und den ordentlichen Rechtsſchutz dieſes, oder wenigſtens die summa auctoritas des Magiſtrats und außerordentliche Schutzmittel von ihm. Bei allen ſolchen Gelegenheiten geſchah anfänglich immer eine Unterſuchung des beſondern Falls, causae cognitio; auf dieſe folgte dann im Gerichte die Uebertragung, in iure cessio s. cisdatio, welche ganz der mancipatio nachgebildet war. Der Erwerber ſprach: „hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio,“ und der Prätor ſprach auf das Schweigen des alten Eigenthümers dem neuen die Sache *) zu. Die bewegliche Sache mußte

---

rum est: eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus Romanis puberibus, et praeterea alio ejusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: „hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse ajo isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra“: deinde aere percutit libram, idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.“ § 121. 122. Fest. s. v. Rodus. „Rodus vel raudus significat rem rudem et imperfectam. — Vulgus quidem in usu habuit non modo pro aere imperfecto — sed etiam pro signato, quia in mancipando cum dicitur: „rudusculo libram ferito“ asse tangitur libra.“

*) Gaj. II, 24. „In iure cessio autem hoc modo fit. Apud

wie beim mancipium gegenwärtig ſein, unbewegliche ſo wenig wie dort *). Aes und libra werden nicht angewandt, denn die erfolgende Addiction des Prätors zeigte deutlich genug, daß die Uebertragung geſchehen und vollendet ſei. Nachdem ſolche rechtliche Bedenklichkeiten bei der Eigenthumsübertragung nicht mehr vorkommen konnten, da längſt entſchieden war, was hier möglich oder unzuläſſig ſei, gebrauchte man auch für ſelbige die in iure cessio nicht mehr, und gebrauchte man ſie, ſo war wenigſtens nicht leicht eine causae cognitio mehr nöthig; und die cessio iſt nichts Anderes mehr als eine traditio in iure im Gegenſatz der traditio inter privatos, die vor dieſer nur den Vorzug des bequemeren Beweiſes hatte. Zu Gajus Zeiten war ſie ſchon unbrauchbare und ungebräuchliche Weitläuftigkeit **).

Außer der mancipatio und in iure cessio mußte, wer dominium ex iure Quiritium an einer res mancipi haben wollte, ſich auf eine andere ſchon dem commercium der alten Quiriten für dieſe Sachen bekannte, ſ. g. civile Erwerbart berufen z. B. legatum, hereditas, usucapio.

§ 5.

II. In bonis habere, esse.

Weil die mancipatio einmal keinen Sinn mehr hatte, ſo ſetzte man ſie in unmittelbarer Ueberzeugung von ihrer Unnöthigkeit allmählig auſſer Gebrauch und conſervirte ſie vielleicht höchſtens

---

magistratum populi Romani, vel apud Praetorem, vel apud Praesidem provinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: „hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio.“ deinde, postquam hic vindicaverit, Praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet, quo negante aut tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit.“ Ulp. XIX. 9. 10.

*) Gaj. I, 121. „praedia vero absentia solent mancipari.“

**) Gaj. II, 25. „Fere semper mancipationibus utimur. quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud Praetorem, aut apud Praesidem provinciae quaerere.“

bei Grundſtücken, weil dieſe durch ſie auch abweſend in Eigenthum übertragen werden konnten. War ſie jedoch verſäumt, wo das Herkommen ſie forderte, alſo wenn jemand eine res mancipi freilich vom dominus ex iure Quiritium, freilich ex iusta causa, aber ohne mancipatio durch bloße Tradition erworben hatte, ſo war kein wahres dominium erworben und er konnte die Sache erſt dann ex iure Quiritium ſein nennen, wenn er ſie uſucapirt hatte *). Dennoch forderte das unmittelbare Recht des Falls, oder die Billigkeit, daß er im alleinigen Beſitz der Sache ſchon ſogleich unbedingt geſchützt werde, ſowohl gegen ſeinen Auctor als gegen jeden Andern. Dieſer Billigkeit begegnend gab ein Prätor Publicius ſchon zur Zeit der Republik einen Schutz für dieſen Fall und deſſelbigen gleiche **). Er edicirte: „Denjenigen, welcher eine ihm mit der Abſicht, Eigenthum zu geben, wirklich ab- und hingegebene Sache auch noch nicht uſucapirte, den wolle er ſchützen, (als wenn er uſucapirt hätte). Ob die causa der Tradition ein Kauf, Tauſch, Schenkung ꝛc. war, das galt gleich. Das Weſentliche, die ratio iſt: mit der Abſicht und Fähigkeit Eigenthum zu geben, wirklich weg- und hingegeben, d. i. ex iusta causa venditum traditum, alſo nicht erſt Haben Sollen, ſondern wirklich ſchon Haben. Solches Haben ſchien ſo recht, wie möglich.

---

*) Gai. II, 40. 41. „Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione, proinde pleno iure incipit, id est, et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea tibi mancipata vel in iure cessa esset.“

**) Gaj. IV, 36. „Ejusdem generis est Publiciana actio. Datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit.“

Der Schutz, actio, welcher zum Angriff gebraucht werden konnte, wenn die Sache aus dem Beſitze verloren war (eigentliche actio) oder zur Vertheidigung, wenn ein Anderer den Beſitz anſprach, exceptio, hieß nach dem Erfinder und Verleiher: „actio s. exceptio Publiciana“, nach ihrer ratio: „actio s. exceptio rei venditae et traditae“, nach ihrem Effecte: „vindicatio utilis“.

Der dominus ex iure Quiritium, welcher eine res mancipi ohne aes et libra tradirte, bleibt dominus ex iure Quiritium, aber er hat das bloße, nackte Recht, den Namen, den Buchſtaben, das Wort, nudum jus Quiritium, aber keinen Nutzen, dieſen hat ganz und ausſchließlich der bonitariſche Eigenthümer.

Der Prätor ſpricht in dieſem Edicte allgemein und ſchlechthin (generaliter et in rem) und fügt nicht hinzu, was tradirt ſein ſolle und wem tradirt ſein ſolle. Die Worte des Edicts paßten alſo 1) auch auf ſolche Sachen, welche das commercium der alten Quiriten noch nicht kannte, wie fundi provinciales, welche aber im neuen Verkehr häufig waren, 2) auch ſolche Perſonen, die kein quiritiſches Vermögensrecht, commercium, hatten, denen aber der Verkehr der Gegenwart ſolches geſtattete und weiter geſtatten mochte. Beide Ausdehnungen waren aber auch dem Geiſt jenes Edicts, und der Sitte der Gegenwart nicht zuwider, und wurden Sitte und Recht.

Das mit Rechtsſchutz im Vermögen haben, in bonis habere, iſt das vom Edict erfundene Eigenthum des neuern oder das entwickelte, von ſeinen Unweſentlichkeiten und Schranken befreite, bis zu ſeinem vollen Weſen erweiterte Eigenthum des alten Rechts. Dieſes galt für die Subjecte und Objecte und in Folge der Erwerbsarten des alten beſchränkten Verkehrs, das in bonis machte ſich geltend für die Subjecte, Objecte und in Folge der Erwerbsarten, welche der neuere Verkehr mit ſich brachte, für welchen die alten Rechtsvorſchriften strictum ius, zu enges, pedantiſches Recht waren. Das in bonis hat den Effect, utilitas, des Eigenthums, unbedingten Schutz gegen jeden, und den Grund des Eigenthums, unmittelbares d. i. eignes,

wirkliches Haben, und zwar pleno iure d. i. sine omni iniuria. So war, da es ſchon im zweiten Jahrhundert der Kaiſerzeit wohl nicht leicht Jemandem einfiel, auch bei res mancipi die Mancipatio wirklich vorzunehmen, in dieſem Gebiet ſchon damals der alte enge Buchſtabe in der That und durch die That aufgehoben; dem Buchſtaben nach aber beſtand er noch.

Obgleich der publicaniſche Schutz d. i. allgemein: der Schutz der in Beſitz gegebenen Sache der directen Abſicht des Verleihers, der mens legislatoris, nach wohl nur dem zugedacht war, welchem vom dominus die Sache tradirt war, ſo wurde doch bald, da im Edict die Worte „a domino“ nicht ſtanden, auch dem die Klage geſtattet, welchem vom non dominus *) die Sache justa causa ſo tradirt war, daß er meinen mußte, er bekomme Eigenthum. Er hat irrthümlich, aber entſchuldbar den guten Glauben, bona fides, der tradens ſei Eigenthümer geweſen, alſo er durch die Tradition Eigenthümer geworden. Da auch dieſer uſucapiren konnte, mußte auch ihm die Klage zuſtehen **).

Der Unterſchied zwiſchen jener verbis und mente edicti zuſtehenden actio s. exceptio Publiciana und dieſer praeter verba et mentem und secundum rationem iuris (nach dem Geiſt des Rechtes, welcher Billigkeit und Nützlichkeit iſt) zuſtehenden Klage iſt: daß jene unbedingt gegen jeden half, dieſe aber nur gegen ſolche, welche noch weniger Recht hatten.

§ 6.

III. Eigenthum, dominium des Juſtinianiſchen Rechts.

Juſtinian endlich hob auch dem Buchſtaben nach den alten

---

*) L. 1 D. de Public. VI, 2. „Ait praetor: Si quis id, quod traditur ex iusta causa (non a domino) et nondum usucaptum petet, judicium dabo.“

**) Gaj. II, 43. „Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res, sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse.“

bloßen Buchſtaben, das vacuum nomen des nudum jus Quiritium auf; denn nudum jus iſt in der That und Wahrheit nullum jus, und plena utilitas iſt in der That plenum ius. Dieſe war aber längſt bei dem naturalen Eigenthum, welches Juſtinian ſomit für das civile, für das Eigentbum, dominium erklärte, ſo daß dieſes nun wieder, wie zu Anfang, ein einziges iſt *)

Dieſes Eigenthum iſt, wie urſprünglich die Wurzel, Quelle und Baſis des ganzen Vermögensrechtes, iſt unmittelbares, unbeſchränktes ausſchließendes Haben einer körperlichen Sache; aber nachdem es im Verlaufe der Geſchichte aus ſeiner einſtigen Ungebrauchtheit durch den Gebrauch zu der in ſeinem Begriff enthaltenen abſoluten Brauchbarkeit geſtaltet iſt, ſo ſteht es dem Eigenthümer frei, auf die Unbeſchränktheit und Ausſchließlichkeit auf die freieſte Weiſe zu verzichten und die Unmittelbarkeit zu vermitteln. Das Eigenthum exiſtirt in ſeinem rein juriſtiſchen, alſo intellectuellen Daſein **), es iſt Anſpruch, Haben Dürfen, Gehören, ohne daß immer unmittelbar eigenes wirklich Haben nöthig wäre; ſondern das Haben, Beſitzen kann, wie es da, wo das Recht d. i. die Sicherheit er-

---

*) L. un. C. de nudo iure. Quir. VII, 25. „Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes, nullam differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium nomen vel tantum in bonis reperitur: quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, et nec ex jure Quiritium nomen, — — — sed sit plenissimus et legitimus quilibet dominus sive servi, sive aliarum rerum ad se pertinentium.“ Gaj. II, 40.

**) L. 12 C. de praesc. long. temp. (7, 33). „Quid enim prodest, in ipsa provincia esse possessionem, an in alia: cum jus vindicationis incorporale est, et ubicunque res positae sunt, et dominium earum et vinculum ad dominum, vel creditorem possit reverti? Ideo enim nostri majores subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum jura pervenerunt, ut incorporales constitutae, possint ubicunque jus suum et effectum corporalem extendere.“

reicht iſt, rechtlich möglich ſein muß, durch Andre ausgeübt werden und durch die bloß räumliche Entfernung der Sache nicht vernichtet werden. Dies iſt das eigentlich juriſtiſche Gebrauchen des Eigenthums. Das unmittelbare juriſtiſche Object des Anſpruchs bleibt die Sache ſelbſt, und die unmittelbare Folge der abſoluten Eigenheit der Sache iſt die abſolute Entzogenheit derſelben für alle Andern, welche enthält abſolutes Leiden jedes Gebrauches vom Eigenthümer, pati, und nichts zu thun mit der Sache, non facere, ſoweit davon nicht durch Verleihung vom Eigenthümer ſelbſt durch perſönlichen oder dinglichen Rechtsnexus Ausnahmen, oder durch das Geſetz Beſchränkungen gegeben ſind. Der Eigenthümer hat alſo wegen jedes Angriffs und gegen jeden als möglichen Angreifer möglicher Weiſe ſeinen Anſpruch auf die Sache, actio in rem.

§ 7.

A. Klagerecht des Eigenthümers.

Wirklichen Klaggrund und alſo Klagrecht hat der dominus gegen den, der ihn wirklich ſtört, und fordert von dieſer Perſon im Allgemeinen immer das Eine, daß ſie ſein Eigenthum dem vollen Inhalt nach anerkenne durch thätliche Vernichtung ihrer unrechtmäßigen Anmaßung.

Das eine Klagrecht nimmt einen verſchiedenen Inhalt an durch den verſchiedenen Inhalt der Verletzung. Iſt nämlich dieſe eine totale durch Beſitzen der ganzen Sache, ſo heißt und iſt es rei vindicatio, rei negatio, Abſprechung der Sache; iſt die Verletzung eine andre partielle, ſo heißt es vindicatio i. e. negatio ſchlechthin oder negativa s. negatoria actio, Abſprechen ſchlechthin sc. des Dieſes oder Jenes, was mit Unrecht geſchieht. Das jenem Abſprechen iſt nicht bloß die unmittelbare Folge des eignen abſoluten Anſpruchs, ſondern der ſich äußernde und erſcheinende Anſpruch ſelbſt, adserere sibi iſt vindicare i. e. venum dicere ab altero.

§ 8.

A. Rei vindicatio.

Iſt das Recht desjenigen Eigenthümers, deſſen Sache von einem Andern beſeſſen wird, von dieſem die Sache zu fordern.

Jener hat dieſes Klagerecht nur dadurch 1) daß er das Eigenthum an der Sache hat und 2) daß ihm dieſes vorenthalten wird; er muß alſo beweiſen, daß er Eigenthum erworben und daß es von jenem beſeſſen wird *).

Der Beklagte iſt ſchuldig dadurch, daß er jetzt wirklich beſitzt; denn nur von dem, der den Beſitz hat, kann die Herausgabe deſſelben gefordert werden. Aber ſeit Hadrian wird als Beſitzer auch derjenige Nichtbeſitzer behandelt und belangt, welcher unredlicher Weiſe nicht beſitzt, wo er in Wahrheit beſeſſen hat oder von Rechtswegen beſitzen ſollte, dolo fecit quo minus possideret, und derjenige Nichtbeſitzer, welcher ſich unredlich für den Beſitzer ausgiebt, indem er in Wahrheit nicht beſaß, dolo se obtulit liti cum non possideret **). Denn wer das Gegentheil will von dem, was er rechtlich ſoll, wird im Rechte nicht behandelt nach dem, was er will, ſondern nach dem, was er ſoll.

Der Anſpruch geht, weil des Beklagten Haben und Gehabthaben ohne Recht iſt, auf Herausgabe der Sache ſelbſt

---

*) L. 23. D. de rei vind. VI, 1. „In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium acquisivit.“ — L. 9 pr. D. h. t. VI, 1. „Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an reus possideat.“ — L. 6 D. h. t. VI, 1. „Si in rem aliquis agat, debet designare rem: et utrum totam, an partem, et quotam petat: appellatio rei non genus, sed speciem significat.“

**) L. 27 pr. D. de rei vind. VI, 1. „Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, et ideo liti se obtulit et hoc ipsum in re agenda testatione probavero, omnimodo condemnandus est.“ § 3. eod. „Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione.“

mit Allem was dazu gehört, res cum omni causa *), oder den Werth, das Intereſſe dieſes, aestimatio (rei), quanti est (res), quod interest (actoris).

Aber auch bei dieſer Werthſchätzung wird nach Billigkeit mehr oder weniger in Berechnung gezogen, je nachdem der Beſitzer in gutem Glauben war, oder nicht, und je nach dem Grunde, aus welchem nicht die Sache und die Nebenſachen in natura geleiſtet wurden, ob muthwillig, dolo, oder aus gröberer oder geringerer Fahrläſſigkeit, culpa lata oder levi, oder durch reinen Zufall, casus, und je nach der Zeit, wann die Vereitlung der Naturalreſtitution geſchah, ob vor Anhängigkeit der Sache, Litispendenz, oder nachher.

Im älteſten Recht konnte er, ſo wenig er aus dem Eigenthum belangt werden konnte, wenn die Sache ſchon vor dem Proceß untergegangen war, ſo wenig jemals aus dem begonnenen Eigenthumsproceß verurtheilt werden, wenn die Sache während des Proceſſes untergegangen war, ſondern nur aus ſeinem ausdrücklichen Verſprechen des Duplum.

Später wurde er zuweilen von ſelbſt zum Erſatz verpflichtet angeſehen, und zwar:

der malae fidei possessor muß Alles, was durch ſeine Schuld, wann immer dem Herrn entſteht, und nach der Streitanhängigkeit auch den zufälligen Schaden an der Sache und den Nebenſachen erſetzen; denn dieſer Zufall erſcheint doch als Schuld des Beklagten, welcher nicht herausgeben wollte, ſo lange er nicht beweiſt, daß der Untergang der Sache dennoch für den Kläger eingetreten wäre **), weil er nicht veräußern konnte. Der bonae fidei pos-

*) L. 22. D. de V. S. 50, 16. „Plus est in restitutione quam in exhibitione, nam exhibere est praesentiam corporis facere; restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere, pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.“ L. 75 eod. 50. 16. „Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.“

**) L. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1. „Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa pos-

ſeſſor haftet vor anhängiger Sache nur für den böswillig zugefügten Schaden, aber nach derſelben, wenn auch weniger ſtrenge als der eigentliche malae fidei possessor, auch für die geringſte Schuld, levis culpa; denn er ſoll doch bedenken, daß er vielleicht eine fremde Sache in Händen hat *). Jedoch auch dann haftet er nicht für den Zufall, denn ihm iſt, da er mit gutem Glauben zu beſitzen angefangen, nicht zu verdenken, daß er die Sache nicht eher herausgiebt, als bis der Kläger ſein Recht bewieſen hat; es würde ihm denn vom Kläger bewieſen, daß der Untergang bei ſofortiger Reſtitution für ihn nicht geſchehen wäre **). Durch die Schuld des Beklagten darf dem Kläger nichts entſtehen, was er gehabt haben würde, wenn ihm ſogleich bei Erhebung des Anſpruchs das Seinige herausgegeben wäre.

Der Beklagte kann, ſo weit billig iſt, gegenfordern für das, was nothwendig und nützlich auf die Sache verwandt iſt (impensae necessariae und utiles); denn der Kläger ſoll nichts geſchenkt und nichts doppelt bekommen.

---

sessoris, pretium non esse praestandum, plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus."

*) L. 36 § 1. h. t. 6. 1. „Qui in rem convenitur, etiam culpae nomine condemnatur." — L. 25. § 7 D. de her. pet. 5, 3. „Quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quin imo post controversiam motam." — L. 68 D. de rei vind. 6, 1. „Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur, et fructuum dumtaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minus possit; is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est."

**) L. 15. § 3. D. h. t. 6. 1. cit.

§ 9.

B. Publiciana in rem actio.

Die alte urſprüngliche actio Publiciana zum Schutze des in bonis kann es nach Aufhebung des Unterſchiedes von in bonis und ex iure Quiritium Haben nicht mehr geben. Aber es blieb der nach der ratio des Ediktes zuſtändige Schutz für denjenigen, welcher vom non dominus, aber in dem guten Glauben erworben hatte, daß ihm die Sache iusta causa vom dominus, alſo zu Eigenthum gegeben ſei *). Dieſer war durch die Klage nicht abſolut gegen jeden geſchützt, ſondern nur gegen ſolche, im Verhältniß zu denen er einen beſſern Beſitz hatte.

1) Gegen den Auctor ſeines Beſitzes ſelbſt konnte er ſich natürlich immer wirkſam auf die geſchehene Tradition berufen, der Auctor mußte ſeinem eignen durch die That der Hingabe wirklich vollzogenen Willen gemäß ihm die Sache laſſen, wenn er ſie hatte, und herausgeben, wenn er ſelbſt ſie hatte. Die Berufung auf die res vendita et tradita (animo dominii transferendi) gegen dieſen Auctor ſelbſt war immer ein Vorwurf wahrer muthwilliger Unredlichkeit, dolus.

2) Die Berufung auf res vendita et tradita mußte ebenſo helfen (actio et exceptio utilis) gegen den, welcher ſpäter von demſelben Auctor die Sache bekommen hatte. Dieſe letzte Tradition mußte ganz inutilis ſein, als geſchehen von dem, der die Rechtspflicht, alſo die ſchlechthin unabweisliche hat, dieſe ſelbige Sache jenem erſtern zu erhalten und zu gewähren (qui auctoritatis ei obnoxius est); der Auctor kann gar nicht mehr die Sache geben wollen, da er ſie ſchon an Einen vergeben hat und nur Einer ſie haben kann **).

---

*) L. 1 pr. D. de Publ. 6. 2. „Ait praetor: „Si quis id, quod traditur ex iusta causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo.“

**) L. 9. § 4. D. h. t. VI, 2. „Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus quis magis Publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est,

3) Collidirt er mit einem Andern, dem auch die Sache ſchon tradirt war, aber von einem andern Auctor non dominus, ſo muß, da beider Recht gleich ſchlecht, ihr Glaube gleich gut iſt, der vorgehen, der das Mehr hat durch den guten d. i. jetzt wirklichen Beſitz. Einige meinten, beſſer wäre auch hier immer der, welcher zuerſt beſeſſen hatte. Aber vernünftig iſt und deshalb beliebter und richtiger (magis placuit, verius est, videtur), daß, wo es ſich um die Güte eines Beſitzes handelt, der als der beſſere Beſitzer von Zweien gilt, welcher bei gleich gutem vorher einmal Gehabthaben das jetzt Wirklichhaben zuvor hat *).

4) Wo er aber auf den wahren dominus, der weder ſein Auctor noch ſeines Auctors Nachfolger iſt, trifft, muß er zurückſtehen. Auf res vendita und tradita beruft er ſich vergebens; denn dieſer dominus hat ihm nicht tradirt; auf den guten Glauben ſeines Eigenthums gleichfalls unwirkſam, da jener ihm erwiedert, daß die Wahrheit beſſer als der entſchuldbarſte Irrthum, das wahre Recht beſſer ſein müſſe als das vermeintliche **).

5) War aber der jetzt wahre dominus, der ihm gegenüber ſteht, ſein Auctor, oder iſt deſſen Nachfolger, ſo macht die Berufung auf die res vendita und tradita jenes jetzige Eigenthum unnütz, inutile, gegen ihn den erſten Erwerber und

---

an is qui tantum emit. Et Julianus libro septimo Digestorum scripsit: ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est: quodsi a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis: quae sententia vera est."

*) L. 31. § 2. D. de act. emt. (19. 1). „Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emtio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est."

**) L. 16 h. t. VI, 2. „Paulus notat: Exceptio justi dominii Publicianae objicienda est."

ſeine Nachfolger. Jener auctor dominus iſt Betrüger, jener dominus successor iſt betrogen; jenem wird ſein dolus vorgeworfen und er muß ſchweigen, dieſem die frühere traditio vorgehalten und er muß nachgeben *).

Der Publicianiſche Schutz iſt nachher noch weiter, überhaupt demjenigen zuſtändig erfunden worden, der mit dem guten Glauben Eigenthum zu erwerben den Beſitz erwarb **); denn es wurde mit Recht als der juriſtiſche Grund, ratio, dieſes Schutzes angeſehen, nicht daß bei dem Beſitzerwerb von einem Andern, venditione, ſondern daß bei dem Beſitzerwerb, emtione, der gute Glaube des Eigenthumserwerbs, alſo die factiſche Wahrheit (Beſitz) und die ſubjective Redlichkeit vorhanden war. Endlich kommt das Klagrecht in ſeiner ausgebildetſten reinſten Geſtalt jedem zu, welcher den guten Glauben des Eigenthums hat und kann alſo in Fällen, wo ohne Beſitz wirkliches Eigenthum erworben werden konnte, in denen auch ohne ſchon ſtattgehabten Beſitz dieſe Klage angeſtellt werden, wenn putatives Eigenthum erworben war. Hier genügt, ſtatt des ſonſt erforderlichen bona fide possidere, die bona fides possidendi ***).

Der Beſitzer in gutem Glauben aber ohne buchſtäbliches Recht, ſoll geſchützt werden 1) gegen den Beſitzer ohne Recht und Glauben, 2) gegen den bloßen Eigenthümer

---

*) L. 1 p. § 1 D. de exc. rei vend. (21, 3). „Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac exceptione (rei vend. et trad.) recte repellendum. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.“ L. 2. 3. eod.

**) L. 13. p. D. h. t. 6. 2. „Quaecunque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis, earum rerum persequendarum gratia, haec actio.“

***) L. 7 § 6. h. t. 6. 2. „Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.“ L. 12 § 1 h. t. „Is cui Trebelliano hereditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.“

ohne Recht zum Beſitzen, und 3) gegen den ſchlechteren Beſitzer in gleich gutem Glauben *).

Der Kläger hat 1) jedem Beklagten gegenüber ſeine bona fides, dem bonae fidei possessor gegenüber ſeine melior fides possessionis, oder ſeine melior possessio, in den Fällen aber, in welchen ohne Statt gehabten Beſitz die Klage möglich iſt, nur ſeine bona oder melior fides possidendi s. ad possidendum zu beweiſen; 2) zu beweiſen, daß Beklagter jetzt wirklicher Beſitzer ſei, oder einen dolus begangen, der ihn zum fictus possessor macht.

Der Zweck der Klage, Haftung und Gegenforderungen des Beklagten ſind dieſelben, wie bei der rei vindicatio **).

§ 10.

C. Negatoria, negativa actio, vindicatio (ſchlechthin).

Iſt das Klagerecht des Eigenthümers, welcher durch eine andere Anmaßung als totales Beſitzen geſtört wird ***).

Er hat bei dieſem Abſpruch der anmaßenden Handlung, wie bei dem Abſpruch der ganzen Sache nur zu beweiſen 1) daß er Eigenthum erworben, und 2) daß der Beklagte jene Anmaßung, welche der Kläger unrechtmäßig ſchilt, wirklich ausübe, gleichſam beſitze (quasi possidere). Kann der Beklagte kein Recht zu dieſen Anmaßungen darthun, ſo wird er gehalten, ſelbige zu unterlaſſen, zugefügten Schaden zu erſetzen, für das Zukünftige vielleicht auch zu caviren.

§ 11.

B. Erwerb des Eigenthums im neuern Recht.

Da Juſtinian den Unterſchied von civilem und naturalem Eigenthum aufhob, ſo iſt damit auch der Unterſchied von

---

*) L. 17; L. 9 § 5; L. 12 § 4 h. t. VI, 2.

**) L. 7 § 8. h. t. „In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus."

***) L. 2 pr. D. Si servitus 8. 5. „De servitutibus in rem actiones competunt nobis, ad exemplum earum, quae ad usum-

civilen uud naturalen Erwerbarten verſchwunden. Die civilen d. i. rein rechtlichen aber ganz unnützlichen und deshalb ungebräuchlichen, wie z. B. mancipatio und in iure cessio, ſind todt, und werden als ſolche erkannt; die naturalen d. i. die vollkommen natürlichen, der Gegenwart bequemen und gebräuchlichen werden als die rechten und einzig rechten anerkannt.

Da es nun jure et ratione zum Erwerbe eines jeden Rechts erfordert wird, daß der Erwerber das juriſtiſche Object deſſelben wirklich habe, und beim Eigenthum das naturale Object d. i. die körperliche Sache ſelbſt auch als das juriſtiſche Object betrachtet wird, ſo muß auch im neueſten Recht noch jeder, welcher Eigenthum an dieſer Sache erwerben will, dieſe Sache wirklich haben d. i. in der Sprache des Rechts beſitzen possidere *), ſofern nicht das Recht aus Noth, wie bei der adjudicatio, oder zum Nutzen, wie bei der dos oder dem Vindicationslegat, eine Ausnahme geſtattet.

Beſitz, usus, possessio.

§ 12.

Begriff und Arten des Beſitzes.

Der Beſitz iſt im Eigenthum enthalten. Eigenthum nämlich iſt nichts Anderes, als rechtes Beſitzen, oder eine nicht bloß durch eigenen, ſondern durch des Staates Willen und Gewalt zuſtändige und geſicherte Herrſchaft, justa possessio, dominatio. — Alſo wenn man vom Eigenthum den abſoluten Schutz des Rechts abzieht, ſo bleibt die ganz natürliche Thatſache nach: „der Menſch in ſeiner natürlichen Iſolirtheit hat, beſitzt eine Sache.“ Dieſer Beſitz iſt demnach dasjenige wirkliche Haben und Halten mit bloß

---

fructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit, negatoria domino, qui negat.“

*) L. 20. C. de pact. (II. 3.) „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.“

eignem Willen und eigner Kraft, bei dem es dahin geſtellt iſt, ob es nebenbei mit Recht Statt hat: wenn nur das individuelle Wollen und Können vorhanden iſt, ſo daß alſo, was den Beſitz betrifft, der Dieb grade ſo gut, ja vielleicht ſicherer und feſter beſitzt, als mancher dominus.

Aber auch dieſe rein natürliche Angelegenheit, Beſitz, hat als eine menſchliche Angelegenheit ihre Geſchichte, weil einmal die Natur des Menſchen durchaus Geſchichte iſt. Den Alten war in dieſer Sache ein Anderes natürlich als den Späteren, und mit der Sache änderte ſich der Name. Die Alten nannten den Beſitz Usus, die Neueren Possessio.

Usus war ein noch unmittelbareres, natürlicheres, ängſtlicheres Haben, nämlich ein nicht bloß ſo zu der Sache Stehen, oder dieſelbe ſo zur Hand haben, daß man nöthigen Falls frei und allein gebrauchen könnte, ſondern das ſo jede Entfernung von der Sache aufgehoben und dieſelbe ohne Noth fortwährend in der Hand Haben, daß man ſie wirklich d. i. den Werken und der That nach allein hatte, d. i. Gebrauchen, uti, usus. —

Possessio iſt ſchon mittelbarer, geiſtiger, kühner; ſie iſt das in der Weiſe frei und allein die Sache unmittelbar zur Hand Haben, daß man ohne grade wirklich zu halten und zu gebrauchen, doch ſofort halten und genießen kann, ohne noch erſt weiterer Voranſtalten zu bedürfen, oder die Ausſchließung durch einen Andern fürchten zu müſſen. Es iſt nicht uti, ſondern nur posse uti, posse, possidere, nicht Haben, ſondern nur Können, nicht thätig ſein, ſondern mächtig ſein *).

Den alten Verhältniſſen erſchien ihnen gemäß nur dasjenige als ein wirklich Beſeſſenes, was die Perſon unmittelbar ſelbſt in Händen hatte, oder höchſtens vermittelt durch die

---

*) L. 1. § 21. D. de adq. vel amitt. poss. (41, 2) „Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in praesentia sit, videri mihi traditam, Priscus ait, idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare: non est enim corpore et actu necesse adprehendere pos-

Menſchen, Nichtperſonen, welche als die natürlichen Glieder der Perſon zu betrachten damals natürlich war. Die auch in dieſer Sphäre ſich von ihrer natürlichen Gefangenſchaft frei machende Betrachtung findet ſich mit dem anderweitigen Aufhören der reinen Sächlichkeit der Familienglieder, mit dem Aufhören der Verkehrsloſigkeit und Fremdheit unter den Fremden d. i. mit dem thätlichen Zunehmen des Zutrauens und der Treue überhaupt, bald über ſeine urſprüngliche Stuffe hinausgeſchichtet, und findet es von ſelbſt (von ſeinem jetzt entwickelten Selbſt), alſo findet es natürlich, daß der Andere, der nicht viel anders iſt, als der Eigne für Einen den Beſitz erwerben, behalten und aufgeben könne; man kann ihm das jetzt anvertrauen *).

Der vom Rechte zu Eigenthum anerkannte Beſitz nun (bei welcher Anerkennung freilich der Beſitz oft ganz in einen Momente herabgeſetzt wird), iſt kein anderer als dieſer von ſelbſt geſchehende, natürliche. Daher kann, lediglich wegen der beſchränkten Auffaſſung des Beſitzes, in älteſter Zeit kein Eigen durch fremde Hände erworben und nicht einmal behalten werden. Im neuern Recht dagegen kann beides vermöge der weitern Anſicht vom Beſitzen in weiteſter Ausdehnung Statt finden. Das Neue erſchien den Alten ein unſicheres und unnatürliches Zutrauen, das Alte den Neueren ein unnatürliches und unbequemes Mißtrauen.

Aber das Recht erkennt den Beſitz nicht allein unter gewiſſen Vorausſetzungen als Eigenthumsrecht an, wodurch der Beſitz ſeiner Natürlichkeit ganz entboben ſcheint, ſondern es anerkennt auch den Beſitz, der kein Recht iſt.

---

sessionem, sed etiam oculis et affectu: et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti conseserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emtoni traditae fuerint."

*) L. 1. § 21. cit.

Dieſer ſo nur negativ beſtimmte Beſitz iſt aber noch wieder in ſich verſchieden: 1) possessio civilis. Nämlich ſchon das alte Civilrecht kannte einen Beſitz, der zwar nicht Eigenthum, aber doch auch nicht rein natürlicher Art, ſondern von einer civilen Eigenſchaft begleitet war, den Beſitz, welcher begonnen hatte mit dem auf rechten Grund, justus titulus, gegründeten Glauben, bona fides, daß er Eigenthum ſei, ohne es doch wirklich zu ſein. Dieſer Beſitz ſollte, wie er einen rechtlichen Grund hatte, auch die rechtliche Wirkung haben, daß, wenn er durch ſeine Dauer die Wahrheit ſeines Glaubens dargethan, er auch vom Rechte als das, als was er ſich bewährt, als Eigenthum anerkannt werden ſolle. Dieſer usus, possessio, welchem wegen ſeiner civilen Beimiſchung das alte Civilrecht ſchon eine civile Wirkung gab, wurde von den Juriſten juriſtiſcher Beſitz, d. i. civilis possessio genannt. 2) possessio ſchlechthin. Dieſer reine bloße Beſitz auch ohne ſolche ſubjective Rechtmäßigkeit, oder ohne Glauben des Rechts, welchen das alte Civilrecht in ſeiner Beſonderheit gar nicht beachtet hatte, fand ſeine Anerkennung durch das jus honorarium. Er heißt und iſt possessio ſchlechthin. Derſelbe enthält alſo lediglich ein Haben des Gegenſtandes a) der körperlichen Möglichkeit nach, corpore posse, possidere, b) den Willen, jene körperliche Möglichkeit auf ſich zu beziehen, dieſelbe ſich zu eigen zu machen, animus possidendi, durch welchen jene Möglichkeit erſt zu einer Wirklichkeit, ſo wie der animus wieder erſt durch jene körperliche Möglichkeit eine Wirklichkeit mit Inhalt wird, ohne dieſe inhaltsloſer Wahn, nur Mögen, aber nicht Können ſein würde.

Alſo wenn jemand eine Sache auch ſo zur Hand hat, daß er ſie wohl halten könnte; ſo nahe wie möglich und nöthig, aber deſſenungeachtet die Sache nicht haben will, ſo benennt das Recht dieſes beziehungsloſe Verhalten zur Sache, welches im menſchlichen Sinne in der That kein Beſitzen iſt, es von der Sphäre des geiſtigen Beſitzens gänzlich ausſchließend, mit dem Beiſatz: naturalis possessio, d. i. hier: Beſitz im Sinne der eigentlichen, auſſermenſchlichen Natur; es iſt ein Beſitzen, wie das Vogelneſt einen Baum, oder der Baum das Neſt be-

ſitzt; es iſt kein habere, ſondern ein esse, in possessione esse, naturaliter s. corporaliter (tantum) tenere *); nicht einmal ſo gut, wie der Vogel ſein Neſt beſitzt, da hier doch, wenn auch nicht im Elemente des klar unterſcheidenden Willens, doch in dem des Triebes eine Bezogenheit, Aneignung des Gegenſtandes iſt. — In Rückſicht des Sprachgebrauchs iſt noch zu bemerken, daß auch der eigentliche Beſitz, die wirkliche possessio in der Entgegenſetzung gegen die civilis possessio, naturalis possessio genannt wird, d. i. hier ein außerſtaatiſches, außerrechtliches oder menſchlich natürliches Haben, d. i. des Willens in ſeiner Einzelheit.

§ 13.

Welche Rechtsverhältniſſe enthalten in ihrer Ausübung einen juriſtiſchen Beſitz.

Daraus, daß die körperliche Möglichkeit, das „ich könnte" für ſich allein den Beſitz nicht ausmacht, iſt zu erſehen, daß nicht Jeder, welcher ſelbſt vermöge eines Rechtsverhältniſſes, ſei er in dieſem nun in der Stellung des Rechts oder der Pflicht, unmittelbar zu einer Sache ſteht, ſie damit auch ſchon beſitze; ſondern das hängt davon ab, ob das Wollen, woraus dieſes Rechtsverhältniß beſteht, den Beſitz der Sache umfaßt. — Es iſt zwar wahr, daß, da es im Beſitze durchaus natürlich hergeht, jeder das Gegentheil von dem, was ihm vermöge ſeines Rechtes zuſteht oder entſteht, beabſichtigen und thun könne, alſo die Sache von ſich werfen, welche zu beſitzen ihm rechtlich zuſteht, oder dieſelbe ſich nehmen, wo er ſie nicht rechtlich beſaß. Aber die Frage iſt von denen, welche im Rechte bleiben, oder: Welche von den Rechtsverhältniſſen, in denen eine Sache vorkommt, enthalten einen wirklichen Beſitz dieſer Sache?

1) Der Eigenthümer, welcher ſeine Sache in Händen hat, beſitzt gewiß, aber hört auch nicht immer auf, zu beſitzen,

---

*) L. 10. § 1. h. t. (41. 2) „aliud est enim possidere, aliud in possessione esse."

wenn er einem Andern die unmittelbare Nähe der Sache, facultatem rei, geſtattet, ſondern beſitzt jetzt doch bisweilen durch dieſen fort. Es kommt hier alles auf die nähere Abſicht des gebenden Eigenthümers, und die durch dieſe vollkommen bedingte des Empfängers an.

Allenthalben, wo der Eigenthümer einem Andern dem äußern Schein nach zwar die Sache ſelbſt giebt, der innern That und Abſicht nach aber ihm bloß perſönlich ſelbſt die Sache hin-hält zu irgend einem Zwecke z. B. um Früchte davon zu pflücken, wie das beim Pächter der Fall iſt, oder damit ſie nur bei dem Empfänger liege, wie beim Depoſitar der Fall iſt, in allen ſolchen Fällen wird kein Beſitz vergeben und erworben, ſondern derſelbe vom Eigenthümer durch einen Mittelsmann behalten; denn der Eigenthümer gedenkt nicht, die Sache ſelbſt wegzugeben.

2) Giebt jedoch der Eigenthümer unter Umſtänden, wo das Gewähren des Eigenthümers beiderſeits unbequem wäre, das Grundſtück ſelbſt zum Genuſſe in des Pächters eigne Gewähre, wie das beim ager vectigalis s. emphyteuticarius geſchieht, ſo beſitzt dieſer Pächter ſo gewiß, wie der Eigenthümer vorher beſaß.

3) Desgleichen der Gläubiger, dem zur Sicherung vom Schuldner eine Sache lediglich zum Feſt-Halten und Beſitzen gegeben iſt, d. h. wer eine Sache als pignus bekam, muß gewiß beſitzen, da hier dieſes und Nichts anderes beſchafft wurde.

4) Nicht anders der, welchem zum Zwecke der Bewahrung die Sache ſelbſt in Gewahrſam gegeben iſt, der Sequeſter.

5) Endlich wenn der Eigenthümer ohne weitern Zweck ſeinerſeits einem Andern die Sache ſelbſt giebt, nur damit der Empfänger ſelbige nach Belieben des Gebers wieder zurückgebe, precario giebt, ſo hat der Empfänger den Beſitz ſo lange er ihm gelaſſen wird, weil er ihm für ſo lange gegeben iſt, aber nicht länger, weil er ihm nicht für länger gege-

ben iſt. Der Eigenthümer hat aber zu jeder Zeit das Beſitzen, das wirkliche Können, weil er jenem Beſitzer zu jeder Zeit den Beſitz ſicher nehmen kann *).

In allen dieſen Fällen, wo der wahre Beſitz vergeben war, behält der Verleiher ſein putatives Recht an der Sache ſo gut, wie ſein wahres Recht, eben weil er das nicht vergeben hat. Dieſe Distraction des Rechts vom Beſitze iſt aber möglich, weil das Recht, das im Willen beſteht, unabhängig iſt und eine ſelbſtſtändige Sicherheit über die unmittelbare natürliche Wirklichkeit hinaus hat. Das Recht an der Sache dauert trotz der natürlichen Entfernung bis zur natürlichen Vernichtung. Alſo z. B. der Eigenthümer, welcher pignoris nomine den Beſitz vergiebt, bleibt Eigenthümer; der bonae fidei possessor, welcher das Gleiche thut, bleibt bonae fidei possessor. Beide behalten und haben thätlich ihre civile Eigenſchaft, jener utitur re propria, dieſer utitur re bona fide possessa.

In der Mitte zwiſchen eigentlichem Nicht-Beſitzen und eigentlichem Beſitzen liegt der Fall, wo der Eigenthümer einem Andern ein Recht an ſeiner Sache z. B. eine servitus

---

*) L. 3. § 5. D. h. t. (41. 2). „Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. Idem Trebatius probabat, existimans, posse alium iuste, alium injuste possidere: duos injuste, vel duos iuste non posse; quem Labeo reprehendit: quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat; quod est verius: non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris". — L. 15. § 4. D. de precario (43, 26). „Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum, qui rogasset, quia possideret corpore: penes dominum, quia non discesserit animo possessione."

verlieh, und dieſes nun den Innehaber ausüben läßt. Hier giebt er nicht die Sache und der Servitutausübende beſitzt ſie nicht; ſondern jener giebt, dieſer bekommt das Gebrauchen der Sache unmittelbar, und nicht etwa bloß mittelbar durch den daſſelbe fortwährend gewährenden Eigenthümer, wie das beim gewöhnlichen Pächter der Fall iſt. Der Servitutinhaber beſitzt alſo nicht wirklich; aber es iſt doch ſo gut als wenn er beſäße, non possidet, sed quasi possidet, non possidet rem, sed ius possidet; aber ein jus läßt ſich nicht eigentlich beſitzen, eigentlich beſeſſen wird nur die körperliche Sache*), alſo heißt er auch juris quasi possessor. Im Begriff läßt ſich ſehr wohl possessio und ſolche quasi possessio unterſcheiden; in der That und Aeuſſerung aber ſind ſie kaum zu unterſcheiden, und deshalb für denjenigen, der nicht re aliena utitur, ſondern iure in re aliena utitur, interdicirt, als wenn er beſäße; interdicta comparata sunt veluti possessoria **). Die Sache beſitzt noch immer der Eigenthümer durch dieſen Servitutübenden, wie durch einen Pächter.

§ 14.

Was iſt Anerkennung des reinen Beſitzes im Rechte?

Das Recht erkennt den reinen Beſitz, possessio an, d. h. es läßt innerhalb ſeines Bereiches den Beſitz, unangeſehen ob er von einem wirklichen Rechte oder von dem Glauben des Rechts begleitet iſt, als das, was er an ſich und von der Natur iſt, ein bloß eigenes, wirkliches Haben, beſtehen; es nimmt ihm Nichts von dieſem ſeinem eigenthümlichen Inhalt, und giebt ihm nichts Neues. Aber durch jede Anerkennung des Rechts bekommt das ſo Anerkannte, wenn es auch kein Anderes wird, doch eine objective, allgemein gültige Definition, und ein objectives Daſein, iſt in Rückſicht ſeines Begriffs dem individuellen Meinen und in Rück-

---

*) L. 3 pr. D. de adq. vel amitt. poss. (41, 2). „Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.“

**) L. 20 D. de servit. (8. 1).

ſicht ſeines Beſtehens der individuellen Eigenmacht entzogen.

Das Urtheil des Rechts hat hier denſelben Inhalt, wie das der Natur: „Er beſitzt, alſo jeder Andere beſitzt unmittelbar deshalb nicht“; denn es iſt naturaliter ſo unmöglich, daß Zwei Eines haben, wie, daß Zwei Eines ſeien. Aber dieſes Urtheil des Rechts giebt Beſtand. Jene Thatſache, daß „Er beſitzt“ wird über ihr natürliches Daſein hinaus beſtändigt d. h. wer beſitzt, der bleibt Beſitzer, er kann auf natürliche Weiſe d. h. durch irgend Jemandes Eigenmacht den Beſitz nicht verlieren, ſondern nur von Rechtswegen und auf dem Rechtswege. Wenn aber der Nichthabende durch Eigenmacht nahm, oder zu nehmen verſuchte und rein naturaliter d. i. corpore auch wirklich bekam, ſo hat er zwar im eignen natürlichen Sinne, aber nicht im objectiv natürlichen d. h. dem vom Rechte definirten Sinne der Natur. Gegen alle andern, da ſie ihm den Beſitz nicht beſtreiten, beſitzt er zwar vollaus mit rechtem corpus und mit rechtem animus, weil er ihnen nicht genommen hat, aber nach Seiten deſſen, welchem er nahm, fehlerhaft; es fehlt ihm nach dieſer Seite die Unſtreitigkeit, welche nothwendig zum wahren Beſitz gehört, denn jener hat noch den animus *) ſich den Beſitz zu behalten, und zwar den nach dem rechten Urtheil rechten animus; aber nur Einer kann den wirkſamen animus haben. Alſo bleibt dieſer angemaßte Beſitz nach dieſer Seite immer ein fehlerhafter, vitiosa possessio, halber, und das iſt kein Beſitz.

Alſo das Recht, welches den zwiſchen zweien durch Attentat des einen Theils entſtandenen Beſitzſtreit entſcheiden ſoll, kann, nachdem es einmal eine Definition von Beſitz als eine practiſch ſtändige gegeben hat, nicht anders ſprechen als: „Von Euch beiden, die ihr jetzt beide von einander haben wollt, haſt und beſitzeſt du nicht, der du nehmen willſt, eben weil du

*) L. 15. § 4. D. cit. (43. 26) „quia non discesserit animo possessione.“

das willſt, wohl aber du, der du nur behalten willſt, eben weil du behalten willſt *).

Es muß immer ſo entſcheiden, mochte der eigenmächtige Angreifer das corpus noch nicht haben, oder es ſchon haben **). Denn auch im letzten Fall bleibt ſein corpus immer unwahr, weil der die Wahrheit integrirende animus auch dann noch fehlt.

So iſt zum Voraus ſolche Eigenmacht als unnütz interdicirt; und es giebt durch den Prätor interdicta possessoria und quasi possessoria nicht bloß gegen alle Stadien der Eigenmacht, d. h. ſowohl da, wo das corpus ſchon entwandt war, als da, wo es noch nicht entwandt iſt, ſondern auch gegen alle Wege der Eigenmacht, welche verſuchen kann 1) als offen vorrückende, Gewalt, vis, 2) als heimlich hintergehende, Betrug, fraus, und dieſer: a) clam, wenn Einer heimlich zu nehmen verſucht, was er nicht hat, b) precario, wenn er zurückzugeben verweigert, was er nur im Vertrauen auf abſolut unweigerliche Rückgabe bekam.

§ 15.

Erwerb des Beſitzes.

Da der Beſitz aus corpus und animus beſteht, ſo entſteht er auch erſt dann, wenn corpus und animus da ſind ***).

---

*) L. 1. pr. D. uti possidetis (43. 17). „Ait Praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.“

**) L. 1 § 1. D. de vi (43, 16). „Hoc interdictum (de vi) proponitur ei, qui vi dejectus est: etenim fuit aequissimum, vi dejecto subvenire; propter quod ad recuperandam possessionem interdictum hoc proponitur.“ L. 2 D. de precario (43. 26). „Ait Praetor: Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.“ § 1. Hoc interdictum restitutorium est. § 2. Et naturalem habet in se aequitatem: namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tam diu te liberalitate mea uti, quam diu ego velim: et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem.“

***) L. 3. § 1. D. de adq. vel amitt. poss. (41. 2). „Et adipisci-

Auf die Frage, wann das corpus erworben ſei, iſt im Allgemeinen nur zu ſagen: „Dann, wenn man ſo zur Sache ſteht, daß man ſie ſicher, mit Ausſchließlichkeit und je nach ihrer Beſchaffenheit und Brauchbarkeit vollſtändig behandeln kann; das Beſondere muß die Natur der beſondern Sache ſelbſt, und die Natur ihrer beſondern Umſtände geben *).

Der animus iſt da, wenn bei ſolcher äußerlich vorhandenen Möglichkeit der Herrſchaft man dieſelbe ſich zu eigen macht dadurch, daß man ſie will; zu welchem Wollen vor allen Dingen ein genau beſtimmtes Wiſſen des körperlichen Was? Wo? und Wie? gehört, denn nur was man beſtimmt weiß, kann man beſtimmt wollen **).

Das vacuum corpus kann man ſich ſelbſt verſchaffen durch Occupation, oder ein Anderer kann es Einem verſchaffen d. i. Erwerb durch Tradition.

§ 16.

Verluſt des Beſitzes.

Verloren wird der Beſitz, wenn das, aus deſſen Zuſammentreffen er beſteht, corpus und animus verloren

---

mur possessionem corpore et animo: neque per se animo, aut per se corpore.“

*) L. 3 § 1 eod. „quod autem diximus et corpore et animo adquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere.“

**) L. 3. § 3. h. t. (41. 2). „Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat; sed et si sciat, non capiet longa possessione: quia scit alienum esse. Quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse: nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit: quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio.“

iſt *) oder, man kann auch ſagen, wenn corpus oder **) animus verloren iſt; der erſtere Ausdruck faßt den innern Hergang und Inhalt eines Beſitzverluſtes auf, dieſer iſt Aufhören von corpus und animus; der zweite bezeichnet die äußere Erſcheinung und Erkenntniß, ob und wann Beſitz verloren ſei. Daß er verloren ſei, kann mit Wahrheit behauptet werden, wenn Eines verloren iſt; denn mit dem Einen iſt, weil ſie integrirende, ſich gegenſeitig erſt machende Beſtandtheile ſind, ſtets auch das Andere vernichtet.

A. Originärer Erwerb des Eigenthums.

§ 17.

1. Erſitzung.

Als das dominium ex iure Quiritium bald nach den 12 Tafeln ſich neben den Familiengewalten aus der manus herausbildete, blieb die alte natürliche Satzung, daß Einer es auch durch Beſitz erwerben könne, oder eigentlich, daß wer eine Sache recht zu haben darthue, der dieſelbe mit Recht behalte. Der Ablauf der Erſitzungszeit iſt mehr ein Beweis des rechten Habens als das Mittel des Erwerbens ***), grade wie

*) L. 153 D. d. R. J. (50. 17). „Fere quibuscunque modis obligamur, hisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.“ L. 8 D. de adq. vel amitt. poss.

**) L. 3 § 13. h. t. (41. 2). „Nam pecus simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur.“ § 17. cod. „Labeo et Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.“ L. 17. § 1. h. t. (41. 2). „Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult: possessio autem recedit, ut quisque constituit, nolle possidere.“

***) Ulp. 19. 8. „Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni, vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii.“

eine Gewohnheit in ihrer Dauer einen Beweis, nicht aber den Grund ihrer Rechtmäßigkeit enthält.

Als die rechte bewährende Zeit blieb für Grundſtücke die zweijährige, für bewegliche Sachen die einjährige Probe- friſt *). Aber in Rückſicht des Anfangs bliebs nicht beim Alten. Weil es nämlich zu häufig vorkam, daß die Sachen auf den weiten und verworrenen Bahnen des Verkehrs auch außer des Herrn Hand umhertrieben, als nur vermiethete, verliehene, und damit doch nicht aus Recht und Beſitz entlaſſene, ſo konnte jetzt bloß darauf hin, daß er ſie nicht aus des Herrn Hand entwandt hatte, Niemand den guten Glauben haben, daß er die Sache mit Recht, d. i. mit des Herrn Willen erworben habe (man konnte jetzt auch außerhalb des Herrn Hand entwenden); ſondern der Beſitz erſchien nur dann als ein mit bona fides angefangener, wenn irgend ein Hergang, der Eigenthum zu übertragen vermag, ein justus titulus vorgefallen war.

Das Ergebniß dieſer alten Erſitzung war quiritariſches Eigenthum **) und daher war und blieb ſie nur den Perſonen, die commercium hatten, und nur an den Sachen, die in dieſem alten Eigenthum ſein konnten, weil ſie ſchon dem alten Verkehr bekannt waren, (res in commercio) zuſtändig.

Dieſe Erſitzung diente anfangs zu nichts Anderem, als dazu, fremde Sachen, die bona fide in Beſitz genommen waren, zu Eigenthum zu machen ***); aber ſeit es das uneigentliche natürliche Eigenthum, das in bonis gab, auch um dieſes zu rechtem Eigenthum zu machen †). Wegen ihres civilen Effectes konnte alſo fundus provincialis nicht durch ſie erworben werden ††), und wer kein commercium hatte nicht durch ſie erwerben.

---

*) Gaj. II, 42.

**) Gaj. II, 41.

***) Gaj. II, 43. 44.

†) Gaj. II, 41.

††) Gaj. II, 46. „Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt."

Daher nöthigten die in beiden Beziehungen auftauchenden neuen Bedürfniſſe am Ende der Republik dem Edict eine neue Erſitzung ab. Dieſelbe ſollte an allen Sachen, an denen ein abſolutes und ausſchließliches Recht möglich war, namentlich am fundus provincialis, ſie ſollte allen Eigenthumsfähigen Perſonen, auch den Peregrinen zuſtehen. Der Prätor geſtaltete ſie gemäß den hergebrachten guten Rechtsſitten, der Beſitz ſollte angefangen haben bona fide und justo titulo. Er gab ihr zugleich die den veränderten Verhältniſſen angemeſſenen Veränderungen. Die Erweiterung der Verkehrsverhältniſſe durch größere Ortsentfernungen und Verwicklung der Rechtsverhältniſſe erheiſchte eine entſprechende Verlängerung der Zeitfriſt. Dieſe ſollte jetzt unter Anweſenden 10, unter Abweſenden 20 Jahre ſein. Der Effect dieſer Erſitzung konnte bei ihren nur naturalen Vorausſetzungen und nach der Auctorität ihrer Quelle nur das naturale Eigenthum des prätoriſch-publicianiſchen Schutzes ſein. Was die Qualität des Beſitzes betrifft, ſo wurde nicht der usus der alten usucapio, d. h. eigner unmittelbarer Beſitz, ſondern nur possessio, welche auch vermittelt durch dritte Statt finden konnte, gefordert.

Schon in den erſten Jahrhunderten der Kaiſerzeit war die prätoriſche Erſitzung unter dem Namen praescriptio longi temporis aus mancherlei Gründen die bei weitem am meiſten practiſch übliche. Noch mehr aber war dieſes, beſonders bei unbeweglichen Sachen, zu Juſtinians Zeit der Fall, wo Italien nicht mehr zum Reiche gehörte, nur wenige Städte das jus Italici soli hatten, alſo der größte Theil der Grundſtücke fundus provincialis war. An beweglichen Sachen war indeſſen, da bei weitem die meiſten Unterthanen des Reichs cives waren, die alt-civile usucapio von einem Jahr möglich, welche aber bei weitem mehr in der Doctrin als in der Praxis exiſtirte *).

---

*) Gaj. II. 50. „Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat: quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit.“

So hob Juſtinian die alte usucapio von zwei Jahren, welche in der That ſchon lange außer Gebrauch war, dem Buchſtaben nach auf, und ließ für unbewegliche Sachen die übliche praescriptio von zehn und zwanzig Jahren als die einzige Erſitzung ſtehen, verordnete aber für bewegliche Sachen aus denſelben Gründen, aus welchen der Prätor ſtatt 1 und 2 Jahre 10 und 20 Jahre gefordert hatte, eine dreißigjährige Friſt. Die Wirkung dieſer Erſitzung iſt weder quiritariſches noch bonitariſches Eigenthum, ſondern das eine Eigenthum, dominium ſchlechthin, welches nach der Aufhebung des Gegenſatzes im Juſtinianiſchen Recht allein exiſtirt *).

Für die eine neue Erſitzung gebraucht Juſtinian die Bezeichnung usucapere **). In den ältern noch geltenden Conſtitutionen ſind die alten verſchiedenen Namen, usucapio und praescriptio longi temporis geblieben. Was von der einen verordnet wird, gilt auch von der andern, denn beide ſind von Juſtinian zu einer gemacht.

Neben dieſer Umwandlung der jetzt ſogenannten ordentlichen Erſitzung verordnete Juſtinian, daß wer eine Sache 30 oder 40 Jahre lang beſeſſen, wodurch er ſchon jede Klage auf die Sache abweiſen konnte, wenn er ſeinen Beſitz mit bona fides angefangen hätte, ſelbſt das Eigenthum erworben haben ſollte ***).

§ 18.

a) Erforderniſſe der ordentlichen Erſitzung.

Die Erforderniſſe der ordentlichen Erſitzung ſind näher dieſe:

1) eine fähige Sache (res habilis) †). Urſprünglich waren

---

*) L. un. C. de usucap. transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi (VII, 31).

**) pr. I. de usucap. (II, 6). „et ita constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur."

***) L. 8 § 1 C. de praesc. XXX vel XL ann. (VII, 39).

†) Gaj. II. 45—49. „Sed aliquando etiamsi maxime quis bona

der Erſitzung der manus alle Sachen unterworfen, die überhaupt in manu ſein konnten; nur der Dieb durfte nicht erſitzen. Der Erſitzung des quiritariſchen Eigenthums wurden aber ſchon früh gewiſſe Sachen, die an ſich wohl in quiritariſchem Eigenthum ſein konnten, entzogen; z. B. geſtohlne Sachen, res furtivae ſollten auch vom dritten Beſitzer nicht erſeſſen werden, laut Verbot einer lex Atinia vom Jahr 575. Daſſelbe beſtimmte für gewaltſam in Beſitz genommene Sachen ſpäter die lex Julia et Plautia. Von ſelbſt verſtand es ſich, daß die Grenzſtreifen, die quinque pedes ausgeſchloſſen waren; ſie waren als res publicae dem Eigenthum entzogen. Das Gleiche gilt von liberae personae, wie z. B. der Ehefrau, welche, da ſie überhaupt nicht in dominio ſind und ſein können, auch durch keine Erwerbart deſſelben erworben werden können; das Gleiche gilt von allem Staatseigenthum und im neueſten Recht auch von dem des Regenten.

2) Bona fides. Der gute Glaube iſt das Fernſein des böſen Glaubens, das Nichtwiſſen, daß man nicht Eigenthümer ſei. Dieſen Glauben hat man nach der Natur der Sache und der Anſicht der Geſetze ſo recht aber nur dann,

---

fide alienam rem possideat, numquam tamen illi usucapio procedit: velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Julia et Plautia. Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt. Item mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: id ita lege XII tabularum cautum erat. Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est. Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possit, nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet; sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi jus habet.“

wenn man ein Ereigniß als geſchehen glaubt, welches die rechtliche Wirkung hatte, einem Selbſt Eigenthum zu geben, einen rechten Grund *). Dieſer Glaube iſt hier irrthümlich; denn wäre er wahr, ſo brauchte man keine Erſitzung. Aber der Irrthum muß entſchuldbar **) ſein, ſonſt bekommt man keine Erſitzung.

Justus titulus iſt demnach ein nicht in Wahrheit, ſondern nach dem irrthümlichen, aber entſchuldbarer Weiſe irrthümlichen Glauben des Beſitzers mangellos vorhandener Grund des Eigenthumserwerbs. Ob dieſer Titel zum Theil wirklich und mangellos vorhanden war, oder ganz und gar nicht exiſtirte, gilt gleich; denn ein mangelhafter Titel iſt im Sinne des Rechts doch ein: kein Titel, nullus titulus. Und der Grund des Erſitzungsrechtes iſt nicht das wirkliche Daſein des Mangelhaften, ſondern das putative Daſein des Mangelloſen; aber ſchwer und ſelten wird bei gänzlichem Nichtdaſein eines Titels der Irrthum, daß Alles an demſelben mangellos da geweſen ſei, entſchuldbar ſein ***).

---

*) L. 13 pr. D. de usurp. (41, 3). „Pignori rem acceptam usu non capimus: quia pro alieno possidemus.“ L. 109 D. de V. S. „Bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit, eam rem alienam esse: aut putavit eum qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.“ — L. 4 C. de usuc. pro her. „Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest.“

**) L. 31 pr. D. de usurp. (41, 3). „Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest.“

***) L. 2. 3 D. pro legato (41, 8). „Si possideam aliquam rem, quam putabam mihi legatam, cum non esset, pro legato non usucapiam, non magis, quam si quis emptum existimet, quod non emerit.“ L. 11 D. pro emtore (41, 4). „Quod vulgo traditum est, eum, qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere: hactenus verum esse ait, si nullam iustam causam ejus erroris emptor habeat: nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei, se emisse, atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur.“ L. 5 § 1 D. pro suo (41, 10).

Nur beim Anfang des Beſitzes braucht der Glaube vorhanden zu ſein. Die mala fides superveniens ſchadet dem Erſitzenden vernünftiger Weiſe nicht, weil ſie dem Verlierenden vernünftiger Weiſe nicht nützen kann. Je danach, welchen Titel der Beſitzer vorhanden wähnt und für was er alſo ſich als Beſitzer hält, wird ſein Beſitzen und Erſitzen benannt, pro emptore, pro donato, pro legato &c, possidere, usucapere.

(Singuläre Erſitzungen.)

Gegen die Regel der bona fides haben ſich bis in die Mitte der Kaiſerzeit zwei derſelben widerſprechende, in der Praxis damals wohl ſchon ſeltene, aber in der Theorie als Lehrgegenſtand noch übliche singularia erhalten, zwei Fälle, in welchen die bona fides nicht ſo ſtrenge oder im Sinn dieſes neuen Rechtes gar keine bona fides gefordert wird, ſondern es zum größten Theil bei dem Erforderniß des älteſten Rechts, daß nämlich der Beſitzer nur nicht geſtohlen habe, ſein Bewenden hat.

1) die ſogenannte pro herede usucapio *). Jeder konnte eine

*) Gaj, II. 52—58. „Rursus e contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat: velut si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est, usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem, quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur. Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Quamvis autem postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores

vom Erben noch nicht in Beſitz genommene, alſo in keiner Gewalt befindliche Sache nach älteſtem Recht ohne Diebſtahl in Beſitz nehmen, alſo auch erſitzen, und zwar, ob fundus, ob bewegliche Sache, in einem Jahr. Denn er wurde angeſehen nicht den fundus, ſondern die hereditas, alſo ein non fundus zu uſucapiren. Dieſes der älteſten Zeit angehörige und conſequente Recht hat ſich bis Hadrian in ſeiner ganzen concreten Integrität erhalten, mit der Singularität der ſchlechthin nur einjährigen Zeitfriſt, welcher die Anerkanntheit als Singularität ihre Exiſtenz ſicherte, conſervirte ſich auch die mit ihr verwachſene der mala fides (non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest). — Im neuſten Recht iſt pro herede usucapio der Fall, wo jemand in dem guten Glauben, Erbe zu ſein, die Erbſchaftsſachen in Beſitz nimmt, und auf dieſen Grund hin dieſelben, je nach ihrer Beſchaffenheit, in der ordentlichen Zeit erſitzt. Hadrian aber gab den Erben, mit Ausnahme des necessarius heres, das Recht, jene alte usucapio pro herede, welche, wenn auch einer unverſtändlichen Ueberlieferung nach zuſtändig, doch als improba angeſehen wurde, wirkungslos zu machen.

2) Die usureceptio *). Wer eine Sache fiducia gegeben hatte und dem Rechte dieſer gemäß, alſo ganz und gar nicht mehr

---

haberent, a quo suum consequerentur. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrifacit. Sed hoc tempore etiam non est lucrativa. Nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones revocarentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. Set necessario tamen herede extante ipso iure pro herede usucapi potest."

*) Gaj. II. 59. 60. „Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etsi soli sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris

zu Eigenthum hatte, aber ganz und gar wieder zu Eigenthum erwerben ſollte, konnte dieſelbe durch einjährigen Beſitz zurückerwerben (denn auch er erſchien, nicht die Sache, ſondern die fiducia zu recipiren), wenn er auch mala fide den Beſitz begonnen hatte, d. h. wohl wiſſend, daß ihm die Sache noch nicht zurück übertragen war, aber doch ſo, daß er glauben konnte, nicht invito domino zu beſitzen. Für die Rechtfertigung dieſes Glaubens kam es auf den Zweck und die Veranlaſſung der fiducia an. War ſie z. B. nur zum Zweck der Aufbewahrung eingegangen, ſo konnte der Rückerwerber, wie er auch den Beſitz bekommen hatte, die Einwilligung des dominus, der der Laſt der Aufbewahrung gern ledig war, präſumiren. War die fiducia zur Pfandſicherheit eingegangen, ſo galt nach bezahlter Schuld daſſelbe; denn der befriedigte Gläubiger durfte und konnte gar nicht anders wollen, als dem Schuldner die Sache, welche ausgedient hatte, wieder zuſtellen. War die Schuld nicht bezahlt, ſo konnte der Schuldner nur dann usu recipiren, wenn ihm die Sache ohne Einſchränkung ſchlechthin zurückgegeben war, wenn er ſie nicht bloß bittweiſe oder miethweiſe bekommen hatte, alſo eben mit der Abſicht des Gebers, daß er ſie nicht ſchlechthin behalten ſolle. Geſchweige alſo, daß der Schuldner ſich die Sache ſonſt eigenmächtig, vi oder clam hätte nehmen dürfen. Aber trotz der Hingabe ſchlechthin war die usureceptio dem Schuldner zur Erlangung des quiritariſchen Eigenthums nöthig, wenn keine mancipatio geſchehen war. Der usu recipiens e fiducia darf alſo nur inſofern mala fide ſein, als er nicht zu glauben braucht, die Sache ſei ihm civiliter vollſtändig zu Eigenthum zurückübertragen; muß die Sache

iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent: si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio: si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit: nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret, quo casu lucrativa usucapio competit."

aber ſo genommen oder bekommen haben, daß er glauben durfte, ſie nicht invito domino zum beſtändigen Behalten im Beſitz bekommen zu haben.

(Fernere Erforderniſſe der ordentlichen Erſitzung.)

3) Ununterbrochener Beſitz, possessio. Der Beſitz, welcher hier natürlich ſo gut durch Stellvertreter, als in eigner Perſon ausgeübt werden kann, muß fortdauernd ohne Unterbrechung (usurpatio) bei dem Erſitzenden geweſen ſein. Dieſelbe kann nur eine wahre, natürliche ſein, welche darin beſteht, daß er eine Zeitlang wirklich nicht beſaß*), einerlei ob ſonſt jemand während deſſen den Beſitz hatte. Durch Anſtellung einer Klage auf die Sache während laufender Erſitzung oder durch eine Proteſtation gegen dieſelbe wird die Erſitzung nicht unterbrochen, ſondern geht, wie ſie dinglich, d. h. ſchlechthin auf die Sache gerichtet, ohne Beziehung zu einer Perſon, läuft, auch ſchlechthin gegen jede Perſon zu Ende**). Das that die ehemalige praescriptio longi temporis nicht minder als die alte civile ein- und zweijährige usucapio und als die Juſtinianiſche Erſitzung. Aber der beklagte Beſitzer kann ſeine erſt während des Proceſſes vollendete Erſitzung gegen dieſen Kläger in dieſem Proceſſe nicht wirkſam machen***), nach dem Weſen des Urtheils, welches dasjenige Recht ausſprechen und im Erfolge herbeiführen muß, welches zwiſchen den Parthien beim Beginne des

---

*) L. 5 D. de usurp. (41, 3). „Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi dejicitur, vel alieni res eripitur: quo casu non adversus eum tantum qui eripit, interrumpitur possessio: sed adversus omnes."

**) L. 18 D. de rei vind. (6, 1). „Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim, ne eum vel pigneraverit vel manumiserit."

***) L. 10 C. de praesc. long. temp. (7, 33). „Nec bona fide possessionem adeptis longi temporio praescriptis post moram litis contestatae completa proficit: cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur." L. 2 eod. L. 26 C. de rei vind. (3, 32).

Proceſſes obwaltete, und kann ſich deshalb Beklagter in dieſem Proceſſe nicht auf den Eigenthumserwerb durch die während deſſelben vollendete Erſitzung berufen, weil das die Abweiſung des Klägers zur Folge haben würde, der beim Beginne noch Eigenthümer war, dem alſo durch das Urtheil zum ungeſchmälerten Beſitz ſeines Eigenthums verholfen werden muß.

Wer ſeinen Beſitz und guten Glauben durch Uebertragung von einem Andern erworben hat, kann ſeine Erſitzung auch auf den Titel ſeines Auctors gründen und damit deſſen Beſitzzeit ſich anrechnen. Aber die mala fides ſeines Auctors ſchadet ihm dann unbedingt, wenn er ſich der accessio einmal bedient hat, obgleich ihm die bona fides deſſelben nicht unbedingt hilft; denn wenn er ſelbſt eine bewegliche Sache mala fide in Beſitz nimmt, kann er des dadurch begangenen furtum wegen nicht erſitzen *).

Der Beſitz muß gedauert haben: a) bei beweglichen Sachen drei Jahre, b) bei unbeweglichen, wenn die betheiligten Perſonen in derſelben Provinz waren, zehn, wenn in verſchiedenen Provinzen, zwanzig Jahre **).

§ 19.

b) Die außerordentliche Erſitzung, praescriptio longissimi temporis s. XXX vel XL annorum.

Dieſelbe unterſcheidet ſich von der ordentlichen, außer dadurch, daß ſie 30 Jahre ***), mitunter, z. B. bei Grundſtücken der Kirche und den Sachen, welche der Beklagte nach erhobenem und abgebrochenem Proceſſe erſitzen will, 40 †) Jahre dauert, daß ferner ein vitium der Sache, z. B. Furtivität nicht ſchadet, hauptſächlich durch die Art der bona fides. Dieſelbe braucht ſich hier nicht auf den Glauben eines justus titulus zu gründen, ſondern es genügt, daß dem Beſitzer keine mala fides ††) zu Anfang nachgewieſen werden könne.

---

*) Gaj. II, 50.

**) L. 12 C. de praesc. long. temp. (7, 33).

***) L. 8 C. de praesc. XXX vel XL ann. (7, 39).

†) L. 9 C eod. (7, 39).

††) L. 8 C. eod. (7, 39).

§ 20.

c) Wirkung der Erſitzung.

Durch jede Erſitzung wird das Eigenthum erworben, wie es an ſich iſt, oder die Sache geht mit allen an ihr ſelbſt haftenden Laſten über und niemals wird durch die Erſitzung des Eigenthums die Freiheit von einer an der Sache haftenden Laſt erſeſſen, wohl aber kann die Erſitzung ſolcher Freiheit neben der Erſitzung des Eigenthums laufen, wenn die beſonderen Erforderniſſe jener neben den Erforderniſſen dieſer vorhanden waren.

§ 21.

2. Specification.

Wer aus einer Sache, species, eine andere macht (si nova species facta est), ſchien es vielen Juriſten, müſſe an derſelben auch das Eigenthum haben. Denn er ſei, wenn irgend einer, Auctor, alſo Eigner der Sache, die durch ihn ſelbſt entſtanden. Andre meinten, eine neue Sache mache man eben nimmer, ſondern nur eine neue Form. Denn die Sache beſtehe in der Materie und die bleibe ja die alte und mit ihr der alte Eigner. Juſtinian, der richtigern Anſicht, daß weder die Materie, noch die Form an ſich allein die Sache ausmache, entſchied die Mittelanſicht befolgend dahin, daß die Specification aus nur zum Theil fremdem, zum Theil aber eigenem Stoffe immer Eigenthum geben ſolle, wäre die Umwandlung auch nicht vollkommen weſentlich, denn was der Bearbeitung an Weſentlichkeit fehlt, das erſetzt das theilweiſe Eigenthum an dem Stoffe; die Specification aus ganz fremdem Stoffe aber nur dann, wenn ſie ganz weſentlich, d. h. wenn der Stoff nicht in ſeine frühere Geſtalt zurückgeführt werden könne. Denn hier iſt auch der alte Stoff, alſo die alte Sache und das alte Eigenthum vernichtet*).

---

*) § 25 I. de divis. rer. (II, 1). „Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominius sit: utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit. Et post mul-

Bei der Entſcheidung über Identität oder wirkliche Verwandlung einer Sache iſt nicht auf den phyſicaliſchen, ſondern auf den commerciell-practiſchen, auf einen techniſch-ökonomiſchen Begriff zu ſehen. Die Tödtung eines Schlachtviehes iſt, wenn auch ſtets im phyſicaliſchen Sinn, doch nicht leicht Specification im juriſtiſchen Sinn.

§ 22.

3. Occupation.

Das Recht der Bemächtigung, jus occupandi, iſt die immanente Urſprünglichkeit des Rechts, ſie iſt dieſes, daß die unmittelbare Eigenmacht der Perſon über die Sache Recht iſt, wenn die Sache noch im natürlichen Zuſtande iſt. Wer eine Sache, die im Eigenthum ſein kann und Niemandes Eigen iſt, in Beſitz nimmt, mit der Abſicht ſie zu behalten, hat die Sache mit vollem Recht, iſt dominus; denn er hat ſie ohne alles Unrecht*). Niemandem aber gehören alle die Sachen, welche durch Aufgeben von Seiten ihres Herrn, derelinquere, der Urſprünglichkeit wiedergegeben ſind, oder diejenigen, welche noch nie Jemandem gehört haben. Als Gegenſtand der Occupation für jeden bleiben noch im ſpätern Recht, alſo

---

tas Sabinianorum et Proculejanorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris, vel argenti vel auri reduci: vinum autem vel oleum, aut frumentum ad uvas, et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit: dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem ejus materiae praestavit."

*) Gaj. II. § 66.

muß es wohl das rechte Recht ſein, das Wild, Fiſche, Vögel, überhaupt Wild im weitern Sinn, ſofern ſie wirklich wild, d. i. frei und ungefangen leben. Dieſe Sachen wurden nicht in dominio deſſen, in deſſen Raum ſie ſich befanden, ſeiend angeſehen, weil man ſie nach dem präciſeren römiſchen Begriff des Beſitzes, der eine beſtimmtere scientia und animus und ein ſichereres corpus fordert, nicht recht beſitzen konnte*).

Gegenſtand der Occupation iſt auch zum Theil der Schatz, d. i. eine verborgene Sache von Werth, deren Eigenthümer vergeſſen iſt**). Wer den Schatz zufällig findet auf fremdem Boden, erwirbt ihn zur Hälfte; die andere Hälfte gehört iure accessionis dem Eigenthümer des Bodens. Wenn alſo der Eigenthümer auf ſeinem Boden den Schatz findet, ſo gehört er ihm durch das Zuſammentreffen des Occupationsrechts und Acceſſionsrechts ganz.

§ 23.

4. Adjudicatio.

Das Urtheil des Richters kann kein Recht geben, ſondern nur das als unzweifelhaftes Recht bekräftigen, was beſtritten, aber ſchon vor dem Streite zuſtändig war. Wenn nun unter mehreren eine Rechtsgemeinſchaft iſt und vermöge dieſer die gegenſeitige Berechtigung und Verpflichtung, auf die einerſeits verlangte Theilung zu getrenntem Eigenthum auseinander-

---

*) § 12 I. de div. rer, (II, 1). „Ferae igitur bestiae, et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae in terra mari coelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno." Gaj. II. 67. 68. 69. § 17 I. de div. rer. (II, 1).

**) L. 31 § 1 D. de adquir. rer. dom. (41, 1). „Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit." — § 39 I. de div. rer. (II, 1).

zugehen, ſo ſchafft das dieſes Verwandlungsrecht des ideellen Eigenthums in ein reelles realiſirende Urtheil kein neues Recht (adjudicatio). Man erwirbt gar nicht oder von ſich ſelbſt, und der Moment der Verwandlung des ideellen in reelles Eigenthum geſchieht noch auf ideelle Weiſe durch den bloßen Spruch*), ohne Beſitzerwerb. Es iſt nichts zu erwerben, ſondern nur zu verwandeln. Tradiren kann das reelle Eigenthum Niemand, denn es hat noch Niemand, occupiren kann der, welcher es erwerben ſoll, nicht, denn dazu müßte es res nullius ſein und ſo könnte Jeder occupiren.

B. Derivativer Erwerb des Eigenthums.

§ 24.

1. Traditio.

Tradition iſt hier Hingabe der Sache von dem, der ſie hat, an den, der ſie nicht hat aber haben will und haben ſoll nach dem Willen des Gebers**).

1) Wer zu Eigenthum tradiren will, muß das Eigenthum entweder ſelbſt haben***) oder doch die Befugniß, es zu übertragen, wie z. B. ein Pfandgläubiger.

---

*) § 7 I. de offic. jud. (IV, 17). „Quod autem istis judiciis (divisoriis i. e. communi dividundo, finium regundorum, familiae erciscundae) alicui adjudicatum sit, id statim fit ejus, cui adjudicatum est.“

**) § 40 I. de div. rer. (II, 1). „Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: et ideo cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, et a domino tradita alienatur.“ — L. 20 pr. D. de adquir. rer. dom. (41, 1). „Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert.“

***) L. 20 cit. (41, 1). — § 1 I. Quibus alienare licet (2, 8). „Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest.“

2) Er muß das Eigenthum übertragen wollen und dieſe Abſicht muß ſich aus einer, die eigentliche Tradition begleitenden, ihr nachfolgenden oder vorangehenden Thatſache, iusta causa traditionis*) ergeben, denn nur dann kann der Empfänger das Eigenthum erwerben wollen. Dieſe Thatſache braucht nicht grade ein eigentliches und gültiges Rechtsgeſchäft zu ſein, ſondern es genügt jedes Wort und jeder Hergang, der dieſe Abſicht kund thut**).

3) Der Tradent muß wirklich den Beſitz übertragen, d. h. a) es muß von ihm, entweder durch ihn ſelbſt oder durch einen Stellvertreter***) gegeben werden; b) von dem Erwerber muß die Sache empfangen werden, unmittelbar von ihm ſelbſt, oder mittelbar durch ſeinen Stellvertreter, welcher für ihn annimmt.

Alſo wenn der Stellvertreter die dem Vertretenen zugedachte Sache zwar entgegennimmt, aber für ſich ſelbſt

---

*) L. 31 pr. D. de adq. rer. dom. (41, 1). „Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.“

**) L. 36 D. de adq. rer. dom. (41, 1). „Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio: veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.“ — L. 18 pr. D. de reb. cred. (12, 1). „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.“

***) § 42 I. de rer. div. (II, 1). „Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an, voluntate ejus, alius.“

nimmt oder behält, alſo dieſelbe ſtiehlt oder unterſchlägt, ſo geht nie das Eigenthum dem Rechte nach (ipso jure) auf den Vertretenen über *). Der Geber hat es nicht verloren, denn es iſt nicht an den gekommen, an den er es allein vergeben wollte. Der Gewaltgeber iſt nicht Eigenthümer geworden, weil er nicht Beſitzer geworden iſt. Er beſitzt nicht, weil ein Anderer beſitzt, nämlich der diebiſche Stellvertreter.

Wenn aber auch nicht eigentlich und unmitttelbar, ſo geht doch der Wirkung nach (utiliter) mittelbar das Eigenthum an den Gewaltgebenden über, wenn nur das Mittel, die Perſon des Tradenten, ihm rechtlich verpflichtet war zur Tradition; denn dann muß ſie ihrem Gläubiger alle Mittel zur Erlangung der Sache, die ſie ſelber hat, zu Gebote ſtellen, auch ihr beſtes, die rei vindicatio auf die Sache **). Dieſe kann er zu ſeinem Nutzen anſtellen, obgleich er ſie gar nicht hat, weil der Tradent, der ſie hat, ſie nach perfectem Contract nur zu ſeinem, des Gläubigers Nutzen hatte.

Das alte Recht, dem der Verkehr von Hand zu Hand genügte, vermied die Zwiſchenträger und damit das Riſiko ihrer Unredlichkeit. Dem neuern Rechte, wo es oft von Land zu Land geht, waren Zwiſchenträger nöthig und das Riſiko möglich. Denn wenn die Umſtände zwingen, daß Jemand den Beſitz, welchen er eigentlich nicht bekommt, doch durch einen Vermittler erhal-

---

*) L. 37 § 6 D. de adq. rer. dom. (41, 1). „Nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur.“ L. 59 eod. (41, 1). „Res ex mandatu meo emta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.“

**) L. 14 pr. D. de furtis (47, 2) „Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scribit. Mandare eum plane oportebit emtori furti actionem, et condictionem et vindicationem: et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emtori oportebit.“ L. 43 § 1 eod. (47, 2). L. 13 D. de donat. (39, 5). „Nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit: nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.“

tend angeſehen werde, ſo muß auch das Recht geſtatten, daß Jemand klage mit einer Klage, die er nicht eigentlich, ſondern nur mittelbar hat. Alſo bei der Empfangnahme durch einen Stellvertreter richtet ſich die endliche, einerlei ob mittelbar oder unmittelbar eintretende Wirkung in Rückſicht des Eigenthumserwerbs nach dem juriſtiſch beſtehenden Willen des Tradenten. Will dieſer gegen die Pflicht des Contracts betrüglich dem Stellvertreter ſeines Gläubigers das Eigenthum zuwenden, ſo erwirbt es der Stellvertreter ſicher.

4) Die Vollendung der Traditionshandlung ſelbſt beſteht darin, daß der Empfänger der Sache, je ihrer Natur nach, reell und wirklich mächtig geworden iſt. Sinnbildliche Traditionen giebt es nicht; z. B. das Beſiegeln eines Gegenſtandes iſt niemals eine Tradition deſſelben, ſondern immer nur ein Zeichen, Erkenntnißmittel, entweder daß dieſe bezeichnete Sache die tradirte oder die zu tradirende iſt, je nach ihrer Natur und ihrem örtlichen Befinden das Eine oder das Andre *).

Ferner die Uebergabe des Schlüſſels iſt eine wahre Tradition, wenn durch ſie der Empfänger ſofort des Hauſes mächtig wird **); in allen andern Fällen iſt ſie gar keine. Sinnbildliches, Imaginäres giebt es in Beſitzesangelegenheiten nicht; es handelt ſich da allein um die unmittelbare, materielle Wirklichkeit.

Wenn der Empfänger das zu Eigenthum zu erwerbende corpus ſchon hatte, als ſogenannter Detentor, z. B. der

---

*) L. 14 § 1 D. de periculo (18, 6). „videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.“ L. 1 § 2 eod. (18, 6). „Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri: Labeo contra. Quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solet, quam ut traditum videatur.“

**) § 45 I. de div. rer. (2, 1). „Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simulatque claves horrei tradiderit emtori, transfert proprietatem mercium ad emtorem.“

Commodatar, oder als wirklicher Beſitzer, z. B. der Fauſtpfandgläubiger, ſo geſchieht die Tradition brevi manu i. e. propria manu, d. h. wenn der, welcher das corpus der Sache bisher für einen Andern hatte, vermöge eines rechtlichen Hergangs zwiſchen ihm ſelbſt und dem Auctor ſeines Beſitzes für ſich zu haben anfängt, wie wenn z. B. der Miether oder Fauſtpfandgläubiger vom Eigenthümer die Sache kauft*). Das constitutum possessorium iſt diejenige Art der Tradition, wo der, welcher bisher in eignem Namen beſaß, in Folge eines rechtlichen Hergangs für einen Andern zu beſitzen anfängt**); wie wenn der ſein Haus beſitzende Eigenthümer daſſelbe verkauft, aber als Miether daſſelbe weiter bewohnt. Der Verkäufer tradirt hier von ſich ſelbſt als Beſitzer an ſich ſelbſt als bloßen Stellvertreter des Käufers, wodurch dieſer Beſitzer, possessor, der Verkäufer naturalis possessor wird, in possessione est, corporaliter tantum tenet.

§ 25.

2. Fruchterwerb des bonae fidei possessor.

Wer eine Sache als bonae fidei possessor, d. i. als relativer Eigenthümer, dinglich geſchützt durch die actio Publiciana gegen alle, die einen ſchlechteren Beſitz haben, beſitzt, der hat, ſobald er Früchte dieſer Sache getrennt hat, an dieſen, wie ein Eigenthümer durch die Separation das abſolute Eigenthum erwirbt, ſo ſein relatives Eigenthum***) und iſt inſofern beſſer als ein Fructuar, welcher

*) § 44 I. de div. rer. (II, 1). „Interdum etiam sine traditione, nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti, si rem, quam tibi aliquis commodavit, aut locavit, aut apud te deposuit, vendiderit tibi aut donaverit.“

**) L. 18 pr. D. de adquir. poss. (41, 2). L. 77 D. de rei vind. (6, 1).

***) L. 48 D. de adq. rer. dom. (41, 1). „Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet,

erſt percipiren muß, aber nur in ſofern, nämlich in Rückſicht des Anfangs ſeines Rechtes; in Rückſicht der Qualität des Rechts aber kann Niemand ein beſſeres Recht als der fructuarius haben; da dieſer, von wo an er überhaupt eines an den Früchten zu haben anfängt, nämlich von der Perception an das beſte von allen, d. i. Eigenthum hat. Wird dem bonae fidei possessor die Sache abvindicirt vom Eigenthümer oder beſſeren Beſitzer, ſo muß er mit ihr auch die vorhandenen noch nicht uſucapirten Früchte herausgeben. Die conſumirten können ihm nicht abvindicirt werden *), weil nur vindicirt werden kann, was exiſtirt, es ſei denn, daß es durch den dolus des Beſitzers aufgehört hat zu exiſtiren, denn dann wird er als Beſitzer fingirt. Will der Kläger eine doloſe Conſumtion beweiſen, ſo wird er nicht vergebens Erſatz für die ſo conſumirten Früchte fordern.

---

loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt.“ L. 25 § 1 D. de usuris (22, 1). „porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint: sicut ejus qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simulatque solo separati sunt.“

*) § 35 I. de rer. div. (2, 1). „Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest.“

C. Erwerb des Eigenthums durch zufällige Umſtände.

§ 26.

1. Acceſſion.

Wenn eine Sache mit einer andern ſo innig verbunden wird, daß ſie ihre Beſonderheit verliert, ſo iſt auch kein beſonderes Eigenthum mehr an ihr möglich und das Eigenthum der einen Sache fällt dem zu, dem vor der Verbindung das gehörte, was nach derſelben die Hauptſache des neuen Ganzen ausmacht *), (accessorium sequitur principale). Was die Hauptſache ſei, läßt ſich nicht definiren, ſondern dahin beſchreiben: derjenige Theil des organiſch oder mechaniſch verbundenen Ganzen, welcher nach commerzieller Betrachtung dem Ganzen an Geſtalt, Gebrauch, Werth, Namen am nächſten kommt. Solche Verbindung kann Statt finden:

1) zwiſchen zwei unbeweglichen Sachen. Dahin gehört

a) Das Angeſchwemmte (alluvio), d. i. dasjenige, was durch Fluß- und andres Binnenwaſſer ſo allmählig angeſpült wird, daß der Zuwachs nicht beſtimmt wahrnehmbar iſt.

b) Das Angetriebene (avulsio, vis fluminis); ein Stück fremdes Land, welches durch dergleichen Gewäſſer an ein andres antreibt, gehört dem Eigenthümer dieſes, ſobald es feſt verwachſen iſt **).

---

*) L. 23 § 2 D. de rei vind. (6, 1). „Si quis suae rei alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret: veluti si quis statuae suae brachium aut pedem alienum adjecerit, aut scypho ansam vel fundum, vel candelabro sigillum, aut mensae pedem, dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum et scyphum, plerique recte dicunt.“

**) § 20. 21. I. de div. rer. (2, 1). „Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paullatim adjicitur, ut intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adjiciatur.“ § 21. „Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et vicini praedio attulerit: palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini tui hac-

c) alveus derelictus, wenn ein Fluß durch Verſiegen oder Veränderung ſeines Laufes ſein altes Bett waſſerfrei macht, ſo gehört daſſelbe den angrenzenden Ufereigenthümern *).

d) insula in flumine nata. Die Inſel, die in einem Fluſſe auftaucht, gehört, wenn ſie in der Mitte liegt, beiden Ufereigenthümern, wenn ſie näher nach einem Ufer liegt, dem Eigenthümer dieſes **).

2) Zwiſchen einer beweglichen und unbeweglichen. Dahin gehört das Säen, Pflanzen und Bauen unbeweglicher Gebäude.

3) Zwiſchen zwei beweglichen Sachen. Dahin gehört die Commixtion, Confuſion, das Anlöthen, das Anſchmieden ***).

Etwanige Entſchädigungsanſprüche des durch die Acceſſion Verlierenden richten ſich nach dem Grunde derſelben danach, ob dieſelbe vom Erwerbenden oder Verlierenden in gutem oder böſem Glauben oder durch Zufall geſchah.

---

serit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse."

*) § 23 I. de div. rer. (2, 1). „Quod si naturali alveo in universum relicto, alia parte fluere coeperit: prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, quae latitudo prope ripam est."

**) § 22 I. de div. rer. (2, 1). „Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quae latitudo prope ripam est. Quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident."

***) § 26—34 I. de div. rer. § 34 eod. „Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant, tabulam picturae cedere, aliis videtur pictura, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur, melius esse, tabulam picturae cedere. Riduculum est enim, picturam Apellinis vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere."

§ 27.
C. Verluſt des Eigenthums.

Verloren wird das Eigenthum vermöge ſeiner Ausſchließlichkeit durch jede Veräußerung deſſelben an einen Andern; durch freiwilliges Aufgeben *); durch den natürlichen Untergang des Gegenſtandes oder durch den juriſtiſchen, d. i. wenn die Sache eine res extra commercium wird. Oder wenn ſie aufhört dieſe species zu ſein, wenn ſie durch Verbindung in eine andere aufgeht **); wenn die abſolute phyſiſche, alſo juriſtiſche Unmöglichkeit iſt das Eigenthum auszuüben, d. i. zu beſitzen, wenn ein wildes Thier oder ein gezähmtes, wieder wild gewordenes ſich dem Beſitz entzieht ***).

Zweites Capitel.

Dingliche Rechte an fremden Sachen, iura in re aliena.

Einleitung.

Wenn das älteſte Recht ſeiner Natur gemäß jeder Unfreiheit und Belaſtung des Vermögens abhold war, weil die Unfreiheit des Vermögens gar leicht die Freiheit der Perſon zu gefährden oder zu vernichten ſchien, ſo wäre doch mit dem Zunehmen der Mittel und Gelegenheit zum Ver-

---

*) § 47 I. de div. rer. (2, 1). „Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nolet: ideoque statim dominus esse desinit.“

**) L. 23 § 2 D. de rei vind. (6, 1).

***) § 15 I. de div. rer. (2, 1). „In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.“

kehr der Grundſatz vollkommner Ausſchließlichkeit und Freiheit des Eigenthums gradezu ſelbſt eine Beſchränkung des Eigenthums und folgeweiſe auch der Perſon geweſen. Es wäre ein Eigenthum Haben und es nicht gebrauchen Dürfen; denn dieſes, daß der Eigenthümer an dem Seinigen Anderen einen Gebrauch geſtattet, iſt der eigentlich freie Gebrauch deſſelben. Nachdem alſo durch eine fortgerückte Staatsſicherheit und die in das rechte Weſen des Vermögens und der Perſon gewonnene Einſicht die einſt bei der Verleihung ſolcher Rechte vorhandene Gefahr gehoben war, fand das neu entſtandene Bedürfniß ganz natürlich ſeine ungeſchmälerte Befriedigung.

I. Servitutes.

§ 1.

A. Arten der Servituten.

Es blieben nicht bloß die servitutes der Urzeit in Gebrauch, wonach ein praedium rusticum einem andern praedium rusticum servit, ſondern das Bedürfniß gebot allmählig, ein gleiches Verhältniß zwiſchen praediis urbanis zu geſtalten. Ja man ging bald ſo weit, auch Perſonen die Dienſtbarkeit einer fremden Sache zu gewähren. Dergleichen wurde aus der unmittelbaren Machtvollkommenheit des Eigenthums verſucht und unternommen, bevor noch Normen exiſtirten, wie weit man nach dieſer Seite gehen dürfe. Aber bald zeigte ſich hier an mehreren Stellen ſolches Verkennen und Hintanſetzen des eigenen, der Seinigen und des öffentlichen Intereſſe, daß der Rath der Juriſten und die Aufſicht der Magiſtrate dieſes dreifache Intereſſe vertreten mußten durch Einſchärfung der mores majorum, durch Ermunterung und Anmahnung zu vorſichtigem und ſparſamem Gebrauche des Eigenthums. Für die jura praediorum rusticorum war nur das von Altersher Erprobte aufrecht zu halten, die immermehr entſtehenden jura praediorum urbanorum jenen nachzubilden. Für die neu entſtehenden Gerechtigkeiten der Perſonen an fremden Sachen aber mußte auf eigenthümliche Weiſe bei der

Formation derſelben gegen eine zu große Verkleinerung des Eigenthums gewacht werden. Der wahre freie Gebrauch des Eigenthums ſollte befördert werden, der willkührliche aber vermieden werden. So waren ſchon am Ende der Republik zwei Hauptarten*) von Dienſtbarkeiten im Gebrauche und in ihren rechtlichen Grundſätzen, welche von da an ſo ziemlich**) unverändert geblieben ſind, vollendet. In dieſer ihrer fertigen Geſtalt haben ſie folgende practiſche und juriſtiſche Beſchaffenheit.

B. Practiſche Natur und Inhalt der Servituten.

§ 2.

A. Realſervituten, iura, servitutes praediorum.

Jede Realſervitut iſt eine Dienſtbarkeit eines Privatgrundſtücks gegen das andre. Solche darf nur Statt finden, wo auf Seiten des herrſchenden Grundſtücks der Bedarf, und in dem dienenden die Fähigkeit ſolches Dienſtes iſt. Es iſt das wahre practiſche Verhältniß der Grundſtücke zu einander; der Zufall der natürlichen Beeinträchtigung des einen und des Ueberfluſſes des andern ſoll dieſem keine Schranken ſetzen; deswegen werden ſolche Rechte anerkannt. Willkühr der Perſonen ſoll das Verhältniß ſo wenig entſtellen, als die Laune der Natur; deshalb wird jene durch die Rechtsregel fern gehalten, welche folgende einzelne Bedingungen und Beſchränkungen enthält, außerhalb welcher eine ſolche Befugniß nur als perſönliches Recht beſtehen kann:

1) die Grundſtücke müſſen beide in Privateigenthum ſein***).

---

*) L. 1 D. de servit. (8, 1). „Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.“

**) L. 9 D. de servit, praed. rustic. (8, 3). L. 2 D. com. praed. (8, 4). — L. 4 pr. D. de servit. (8, 1).

***) § 3 I. de servit. (2, 3). „Ideo autem hae servitutes praedio-

2) Dieſelben müſſen benachbart ſein *); denn ſonſt iſt kein rechtes Bedürfniß oder keine rechte Fähigkeit.

3) Die Servitut ſoll dem herrſchenden Grundſtück **) nützlich ſein, und nicht etwa bloß der Perſon ***) des Eigenthümers, denn dem Grundſtück ſoll gedient werden.

4) Sie ſoll eine causa perpetua †) haben, d. i. der Stoff ſoll von der Natur des Grundſtücks und alſo dauernd vorhanden ſein, nicht aber die Hand des Eigenthümers ſoll ihn herbeiſchaffen, denn das Grundſtück ſoll dienen.

5) Die Servitut ſoll nie unter Bedingung oder auf Friſt ††), ſondern nur unbedingt und zu beſtändiger Dauer

---

rum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium; nec quisquam debere, nisi qui habet praedium."

*) L. 4 § 8. L. 5. L. 6 D. si servitus (8, 5).

**) L. 5 § 1 D. de serv. p. rust. (8, 3). „Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae, calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat: et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit."

***) L. 8 pr. D. de servit. (8, 1). „Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest."

†) L. 28 D. de serv. p. urb. (8, 2). „Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat: neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit; at quod ex coelo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent: eti deo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquaeductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet."

††) L. 4 pr. D. de servit. (8, 1). „Servitutes ipso quidem iure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam condicionem, verbi gratia

beſtellt werden. Denn das Bedürfniß des Grundſtücks ſelbſt kann nur ein unbedingtes und beſtändiges ſein.

6) Die Zahl dieſer Dienſtbarkeiten iſt ſo unbeſchränkt, wie die Intereſſen der Agricultur, und die Bequemlichkeit der Wohnungen; daher jedem unbenommen, bei der Errichtung derſelben in dem Namen und dem Gehalte über das Hergebrachte hinauszugehen, wenn nur jene hergebrachten Beſchränkungen beobachtet werden.

Ob die einzelne Dienſtbarkeit ein jus praedii rustici, oder jus praedii urbani ſei, entſcheidet ſich darnach, ob das berechtigte Grundſtück, praedium, cui servitus debetur, ein rusticum oder urbanum iſt. Rusticum iſt hier dasjenige, welches zu landwirthſchaftlichen Zwecken dient, urbanum jedes andre, ſo daß derſelbe practiſche Inhalt, z. B. Wegegerechtigkeit nicht weniger als Urban- denn als Ruſtican-Servitut vorkommen kann.

Als vorzüglich übliche Realſervituten und zwar entweder gewöhnlich oder unbedingt rusticae können genannt werden: iter, actus, via, aquaeductus, aquaehaustus, arenae fodiendae, pecoris ad aquam appulsus &c.; als urbanae: oneris ferendi, tigni immittendi, projiciendi, protegendi, altius non tollendi, luminum seu fenestarum, stillicidii seu fluminis recipiendi &c. Den Römern war es Noth, genauer zu kennen, was der Sprachgebrauch des Rechtsverkehrs unter dieſen Bezeichnungen begriff*).

§ 3.

B. Perſonalſervituten, servitutes personarum.

Die dingliche Berechtigung einer Perſon auf eine fremde Sache ſollte nur in vier nach Art und Maaß beſtimmten Weiſen Statt finden, welche ihre beſtimmte Individualität der Jurisprudenz verdanken. Dieſelben heißen: Nießbrauch, ususfructus, usus, habitatio, operae servorum s. animalium.

„Quamdiu volam" constitui possunt: sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti."

*) pr. § 1. 2 I. de servit. (2, 3).

§ 4.

1. Usufructus.

Usufructus, d. i. usus et fructus, iſt die umfaſſendſte Perſonalſervitut, denn ſie enthält die Befugniß einer fremden Sache Erzeugniſſe zum Eigenthum zu erwerben und dieſelbe anderweitig nach ihrer ganzen individuellen Nutzbarkeit zu gebrauchen, ſo weit es geſchehen kann, ohne die Sache ſelbſt anzugreifen, jus utendi fruendi salva rei substantia *).

1) Der Perſon iſt das Recht gegeben, alſo a) mit ihrem bürgerlichen oder natürlichen Tode hört es auf; b) kann ſie das Recht nicht einer andern Perſon zuwenden **); denn ſie ſoll uti frui; wohl aber die Ausübung durch einen Andern vornehmen, denn es iſt ihr nicht vorgeſchrieben, wie ſie uti frui ſoll.

2) Salva substantia, d. h. a) wenn die Sache untergegangen, z. B. das Haus niedergebrannt iſt, ſo hört auch der Uſusfruct auf ***) und bleibt nicht etwa an dem leeren Platze, area; nicht daß der ususfructus nur an dieſem Hauſe ohne das solum Statt fände; aber an dem Hauſe dieſes Platzes; alſo mit dem Wiederaufbau des Hauſes iſt auch der ususfructus wieder wirkſam. b) Er darf die Sache ſelbſt nicht gänzlich oder

---

*) pr. I. de usufr. (2, 4). „Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia."

**) Gaj. II, 30. „Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem: alii vero in jure cedendo nihilomnius jus suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi." L 66 D. de iure dot. (23, 3). „quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis; et, si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum."

***) § 3 I. de usufr. (2, 4). „Eo amplius constat, si aedes incendio consumptae fuerint, vel etiam terrae motu, vel vitio suo corruerint, extingui usumfructum, et ne areae quidem usumfructum deberi."

auch nur theilweiſe verbrauchen oder ſonſt vernichten, denn dieſe bleibt dem Eigenthümer, proprietarius.

3) Was ein ordnungsmäßiger Gebrauch und Fruchtgenuß ſei, das richtet ſich nach den üblichen Wirthſchaftsregeln.

Der Begriff von fructus wurde oben allgemein beſtimmt als Erzeugniſſe einer Sache, welche in Folge einer natürlichen oder juriſtiſchen Regel periodiſch wiederkehren, und zugleich bemerkt, wie der beſtimmte Umfang und Inhalt der Früchte durchaus von dem Rechtsverhältniß abhänge, vermöge welches ſie gezogen werden. Am reinſten und natürlichſten iſt der Begriff der Früchte im ususfructus. Denn der Fructuar darf die Früchte ſchlechthin ziehen, d. h. Alles, was die Sache erzeugt *) und was ihr entnommen werden kann, aber ohne daß in irgend einem Augenblick ihre Subſtanz beeinträchtigt wäre **); denn der Berechtigte kann in jedem Augenblick ſterben, und in jedem Augenblick ſein Recht aufhören. Der Emphyteuta kann weiter gehen und ſelbſt die Subſtanz angreifen, denn ſie gehört ihm ſo weit, weil die Beeinträchtigung derſelben während der ewigen oder langen Dauer ſeines Rechtes wieder heilen kann. Der Pächter hingegen hat kein Recht an den Früchten der Sache, ſondern an denjenigen, welche der Contract ihm gewährt. Der Fructuar kann ſich alſo alle naturalen Früchte, z. B. Baum- und Feldfrüchte, die Jungen der Thiere, nicht aber das Kind der Sclavin (partus ancillae), und alle civilen, wie Mieth- und Pachtzins aneignen. Zu Eigenthum werden dieſelben insgeſammt erſt erworben mit der Beſitzergreifung ***), Perception, welche als vorhanden angenommen wird, wenn

*) L 9 pr. D. de usufr. (7, 1). „Item si fundi ususfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est: sic tamen, ut boni viri arbitratu fruatur.“ L. 7 pr. D. eod. (7, 1).

**) L 13 § 4 de usufr. (7, 1). „Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet: meliorem facere potest.“

***) § 36 I. de divis. rer. (2, 1). „Is, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit.“

er außer der Separation, welche durch ihn ſelbſt oder durch Zufall herbeigeführt ſein kann, etwas mit den ſeparirten Früchten vorgenommen hat, wodurch er die Abſicht, dieſelben haben zu wollen, an den Tag legt.

Gegen dieſe Berechtigungen hat der Uſufructuar die Verpflichtung, die öffentlichen Laſten und Abgaben der Sache zu tragen und beim Antritt des Nießbrauchs eine nach richterlichem Ermeſſen in Art und Maaß genügende Caution zu leiſten *), für die ordnungsmäßige Ausübung ſeines Rechts und für die Reſtitution der Sache nach Beendigung ſeines Rechts.

Quasi ususfructus. Nach dem Begriff des ususfructus iſt an den Sachen, die gar nicht gebraucht werden können, ohne verbraucht zu werden, an res, quae usu consumuntur, quarum usus consistit in abusu, z. B. Geld, Getraide und gewöhnlichen Kleidern kein wahrer ususfructus möglich, wohl aber zugelaſſen ein möglichſt ähnliches Rechtsverhältniß, einen quasi-ususfructus zu conſtituiren **). Der Fructuar bekommt vermöge dieſes kein Recht an einer fremden Sache, ſondern bekommt die Sache ſelbſt in Eigenthum, mit der Verpflichtung, für deren Erfüllung er Caution zu leiſten hat ***), Sachen von gleicher Art und Maaß nach Ablauf ſeines Rechtes zu erſtatten.

---

*) L 1 § 5. 6. D. usufructuarius quemadmodum caveat (7, 9). „Utilius autem visum est, stipulatione de hoc caveri, ut, si quis non viri boni arbitratu utatur, committatur stipulatio statim: nec exspectabimus, ut amittatur ususfructus. § 6. Habet autem stipulatio ista duas causas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur: aliam de usufructu restituendo: quarum prior statim committetur, quam aliter fuerit usus, et saepius committetur: sequens committetur finito usufructu.“

**) L. 1 D. de usufr. ear. rer., quae usu cons. (7, 5). „Senatus censuit, ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit: quo senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, quae usu tolluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari.“

***) L. 2 eod. (7, 5). „Sed de pecunia recte caveri oportet his, a quibus ejus pecuniae ususfructus legatus erit. § 1. Quo sena-

§ 5.

2. Usus.

Der usus iſt die Benutzung einer fremden Sache ohne Fruchterwerb*). Jedoch hat der usus, als beſondere Servitut conſtituirt, häufig einen weitern Sinn, als das im ususfructus enthaltene dem frui entgegengeſetzte uti; überhaupt iſt bei der Frage, was im usus enthalten ſei, nicht die abſtracte unbeſtimmte, ſondern die durch den beſondern Gegenſtand beſtimmte Meinung der Praxis und der Contrahenten zu befolgen**). Der usus darf nicht einmal durch andre Perſonen als den Berechtigten ſelbſt ausgeübt werden***); nicht unentgeltlich, weil nur er gebrauchen darf, nicht entgeltlich, weil er keine, auch nicht civile Früchte ziehen darf.

---

tusconsulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit: sed remedio introducto, coepit quasi ususfructus haberi." § 2 I. de usufr. (2, 4).

*) L. 2 pr. D de usu et habit. (7, 8). „Cui usus relictus est, uti potest: frui non potest. Et de singulis videndum."

**) L. 2 § 1 D. eod. (7, 8). „Domus usus relictus est aut marito, aut mulieri: si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua; an et cum libertis, fuit quaestionis. Et Celsus scripsit, et cum libertis: posse hospitem quoque recipere. Sed an etiam inquilinum recipere possit, apud Labeonem memini tractatum libro posteriorum. Et ait Labeo, eum qui ipse habitat, inquilinum posse recipere. Item et hospites, et libertos." L. 12 § 1 D. eod. (7, 8). „Sed Sabinus et Cassius et Labeo et Proculus hoc amplius etiam ex his, quae in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumpturum, et ex his, quae Nerva negavit. Juventius etiam cum convivis et hospitibus posse uti. Quae sententia mihi vera videtur."

***) L. 7. 8. pr. D. h. t. (7, 8). „Non aliter autem mulier hospitem recipere potest, quam si is sit, qui honeste cum ea, quae usum habeat, habitaturus sit. Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum."

§ 6.
3. Habitatio.

Das iſt das Recht, in einem fremden Hauſe zu wohnen und unterſcheidet ſich von dem usus aedium hauptſächlich dadurch, daß die Ausübung entgeltlich überlaſſen werden kann*) und daß das Recht nicht unbedingt mit der Perſon erliſcht. Daſſelbe gilt von den

§ 7.
4. Operae servorum seu animalium,

dem Rechte, die Arbeit fremder Sclaven und Thiere zu genießen**).

Die beiden letzten Servituten wurden als eine Art Allmoſen und Mildthätigkeit an Bedürftige verliehen und konnten deshalb unter Umſtänden von den Erben des Ertheilers widerrufen werden, wo der Grund ihrer Ertheilung weggefallen war***).

§ 8.
C. Juriſtiſche Natur und Schutz der Servituten.

Was nun näher das eigentliche juris vinculum, durch welches dem Berechtigten ſeine Befugniß geſichert iſt, betrifft, ſo kann er dieſelbe ſelbſt gegen jeden Störer durch Klage ſchützen. Er hält ſich an die Sache, in rem agit, er hat ein dingliches Recht. Die Klage heißt, inſofern er durch dieſelbe für ſich ein Recht behauptet und anſpricht, actio confessoria†) (i. q. adsertoria), confessoria de servitute actio; in-

---

*) § 5 I. de habitat. (2, 5). „Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quam habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam, nostra decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare."

**) L. 2 D. de operis servor. (7, 7). „Operae servi legatae capitis minutione non amittuntur." L. 2 pr. D. de usu et usufr leg. (33, 2). „Hominis operae legatae capitis deminutione vel non utendo non amittuntur."

***) L. 27. L. 32 D. de donat. (39, 5).

†) L. 2 pr. D. si servitus (8, 5). „De servitutibus in rem

ſofern er daſſelbe dadurch allen Andern abſpricht, vindicatio*) servitutis. Durch dieſe unmittelbare Klagberechtigung, welche den Servitutberechtigten durch die Verträge der Privaten, welche Servituten ertheilten, und durch die Prätoren, welche einen unmittelbaren petitoriſchen und quaſipoſſeſſoriſchen Schutz angemeſſen fanden, zu Theil geworden iſt, ſcheint nun das ſervitutbelaſtete Eigenthum an ſeiner Freiheit und Ausſchließlichkeit allerdings verkürzt zu ſein. Doch wußten die Juriſten, unter deren Augen und Mitwirkung dieſe Dienſtbarkeiten entſtanden, das Verhältniß derſelben zum Eigenthum ſo zu reimen, daß ſeinem juriſtiſchen Inbegriffe nach das Eigenthum trotz aller Servitut in ſeiner vollen Integrität erhalten wurde. Sie raiſonnirten: „wenn Jemand ein Servitutrecht auf eine fremde Sache hat, ſo iſt das, was er hat, nicht dieſe fremde Sache ſelbſt, auch nicht einmal ein Theil derſelben, (non possidet) und iſt das, was ſeine Klage verfolgt, alſo eben ſo wenig dieſe Sache oder ihr Theil körperlich ſelbſt; ſondern die Sache bleibt nach wie vor ganz und gar dem Eigenthümer, corpus, substantia rei salva domino est, dominus rem possidet, dominus s. proprietarius solus rem vindicare potest. Der Servitutberechtigte hingegen hat immer nur gleichſam, da das eigentliche Haben nur im Körperlichen vorkommt, nämlich die unkörperliche beſtimmte Nutzbarkeit, das ire, agere, utifrui; dieſe iſt es, was er quasi possidet, non rem, sed jus possidet**). Dieſe

actiones competunt nobis, ad exemplum earum, quae ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit; negatoria domino, qui negat.“

*) L. 1 eod. (8, 5). „Atqui viam ad sepulcrum possumus vindicare.“ L. 2 § 1 eod. (8, 5). „Haec autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit: ervitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem deberi dicit.“

**) L. 4 pr. D. si servitus (8, 5). „Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet.“ L. 14 pr D. de servit. (8, 1). „Servitutes praediorum rus-

iſt die res, in quam agit, das unkörperliche Ding, an welches er ſich, ohne der Perſon des Eigenthümers zum Schutze zu bedürfen und ohne den Wechſel des Eigenthümers zu achten*), unmittelbar, ſelbſt gegen jeden**) klagend, halten kann." Darin iſt unmittelbar enthalten die Jedem obliegende negative Verbindlichkeit, dasjenige nicht zu thun, was ihm zuſteht, und zu leiden, was ihm zuſteht. Das juriſtiſche äußerliche Daſein und der Inhalt einer Servitut für Andere iſt alſo ein beſtimmtes Nichtthun oder Leiden, und es kann disjuncte richtig geſagt werden: „servitutes consistunt aut in non faciendo aut in patiendo." Richtiger aber iſt insgeſammt zu ſagen: „alle Servituten beſtehen in non faciendo." Niemals aber kann eine Servitut in faciendo beſtehen***), denn Niemand kann mehr vergeben als er hat, ein Eigenthümer aber hat durch ſein Eigenthum an einer Sache Nichts weiter als die abſolute Negativität, d. i. ein abſolutes non facere und pati aller Menſchen. Hiervon etwas Beſtimmtes zum unmittelbaren Genuſſe und zu eignem Schutze an einen Andern vergeben, heißt eine Servitut errichten. Nur an das beſtimmte Subject, ſei daſſelbe ein praedium, oder eine Perſon, hat der Eigenthümer (dominus, proprietarius, dominus pro-

---

ticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt."

*) L 20 § 1 D. de adq. rer. dom. (41, 1). „Quotiens autem dominium transfertur, ad eum qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit: si servus fuit fundus, cum servitutibus transit: si liber, uti fuit: et si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus est, cum iure servitutum debitarum transfertur."

**) L. 10 § 1 D. Si servitus (8, 5). „Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cujus agro aqua oritur, vel per cujus fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicunque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutum."

***) L 15 § 1 D. de servit. (8, 1). „Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis: veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat; sed ut aliquid patiatur, aut non faciat."

prietatis) den Dienſt ſeiner Sache vergeben; gegen alle andern aber hat er dieſen Gebrauch behalten, und erhält denſelben abſolut und ipso jure in ſein Eigenthum zurück, ſobald jenes Subject ſein Recht verloren hat; denn Servitutenertheilen iſt: durch einen Andern ſein Eigenthum ausüben. Man behält die Eigenſchaft, das jus, proprietas; den Nutzen, utilitas, hat ein Anderer und nur Ein anderer *). Weil das Servitutrecht vom Eigenthum und Eigenthümer abgeleitet iſt, kann kein Servitutberechtigter Servituten verleihen **).

D. Erwerb der Servituten.

§ 9.

A. Durch Beſtellung.

Der Beſteller einer Servitut muß immer rechtes Eigenthum haben, wenn eine rechte Servitut entſtehen ſoll, der Erwerber muß commercium haben, bei Prädialſervituten auch Eigenthum des praedium dominans.

Die Form und Weiſe der Beſtellung blieb bis in die claſſiſche Zeit bei den iura praediorum rusticorum die von Altersher übliche mancipatio, bei den iura praediorum urbanorum aber und den servitutibus personarum war ſchon frühe die obrigkeitliche Auctorität, eine in iure cessio nöthig befunden worden ***). Die ehemals derſelben vorangehende causae cognitio wurde, nachdem bald durch die Praxis beſtimmte Regeln für dieſelben feſtgeſetzt und durch die Jurisprudenz zur allgemeinen Kenntniß gebracht waren, erlaſſen.

---

*) § 4 I. de usufr. „Cum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.“

**) L. 1 D. de usu et usufr. (33, 2). „Nec usus, nec usufructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitus esse non potest.“

***) Gaj. II. 28. 29. „Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. Sed iura praediorum urbanorum in iure tantum cedi possunt; rusticorum vero etiam mancipari possunt.“

Wenn an jenen Beſtellungserforderniſſen ein bloß civiler formeller Mangel, aber naturaliter und materiell Alles recht und richtig war, ſo konnte die intendirte Servitut, wenn auch nicht iure civili beſtändig und nicht durch eine eigentliche confessoria actio geſchützt, doch durch den Schutz des Prätors vollaus beſtehen. Die Publicianiſche Klage, welche zwar eigentlich nicht zuſtand, mußte den gleichſam bonitariſchen Servitutberechtigten unbedingt ſchützen, omnimodo utilis erat; denn der letzte Rechtsgrund dieſer Klage war nicht, daß einer rechtmäßig eine körperliche Sache in ſeinem Vermögen habe, ſondern daß er rechtmäßig und wirklich habe. Zur Errichtung einer ſolchen Servitut waren ſtatt der mancipatio und in jure cessio stipulationes und pactiones hinreichend, ſelbſt wenn die Perſonen und Sachen commercium und damit die Fähigkeit auch zu einer civilen Servitut hatten; und ſelbſt dieſe Perſonen begnügten ſich ſchon im claſſiſchen Recht mit ſolcher Beſtellung *) und ſolchem Schutz; eben ſo wie bei der Eigenthumsübertragung ſchon damals die naturale Beſtellung durch Tradition die civile mancipatio und in jure cessio faſt verdrängt hatte. War die Sache, wie z. B. fundus provincialis einer civilen Servitut unfähig, ſo waren die Perſonen, welche commercium hatten, auf pactiones oder stipulationes **), die, welche kein commercium hatten, auf bloße pactiones beſchränkt. Im Juſtinianiſchen Recht iſt jedoch dieſer Unterſchied von civiler und naturaler Servitut, und damit auch jene Anwendung der actio Publiciana verſchwunden.

---

*) L. 3 pr. D. de usufr. (7, 1). „Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.“

**) Gaj. II, 31. „Sed haec (sc. § 29 cit.) scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt: alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi aedes, aut &c. ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.“

Aber die Analogie zwiſchen dem abgeleiteten Servitutrechte und ſeinem Stammrechte, dem Eigenthum, iſt von Anfang her und noch im Juſtinianiſchen Rechte weiter dadurch anerkannt, daß ſogar denjenigen, der eine Servitut, ohne ſie auch nur naturaliter wirklich zu haben, nur im guten Glauben der Zuſtändigkeit wirklich ausübt *), daß dieſen die Publicianiſche Klage entweder aus der Perſon ſeines Auctors oder aus ſeiner eignen Perſon ſchützt gegen die, welche einen weniger guten Beſitz und Quaſibeſitz hatten.

Durch die erwähnten Mittel, die mancipatio, in jure cessio, oder wo dieſe unnöthig oder unmöglich waren, durch pactiones et stipulationes wurde im claſſiſchen, wie im ältern Recht nicht etwa bloß ein perſönlicher Anſpruch auf Ertheilung, ſondern das dingliche Servitutrecht ſelbſt, die actio confessoria erworben. Für das neueſte Recht, ſeitdem Juſtinian die mancipatio und in jure cessio aufgehoben hat, iſt immer **) ein bloßer Vertrag, wenn er nur dahin gemeint und ſein Inhalt phyſiſch möglich war, genügend das Servitutrecht ſelbſt zu geben. Ein wahrer Beſitz und alſo wahre traditio war dazu niemals nöthig und ſtets unmöglich, weil der wahre Gegenſtand der Servitut, id in quo consistit servitus als unkörperlich ***) nicht beſeſſen werden kann. Aber auch ſelbſt die unmittelbare quasi possessio, usus juris begonnen durch wirkliche Verleihung, quasi traditio, oder durch

---

*) L. 1 § 2 de servit. praed. rust. (8, 3). „Traditio plane et patientia servitutum inducet officium Praetoris." L. 11 § 1 de Public. (6, 2). „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci: item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat."

**) L. 3 pr. de usufr. cit. (7, 1) — § 1 I. de usufr. (2, 4). „Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest."

***) Gaj. II, 28. „Incorporales res traditionem non recipere manifestum est."

Gewährenlaſſen, patientia von Seiten des dominus, war zum Erwerb des Servitutrechtes niemals nöthig; denn dieſes iſt wie jedes andre Recht alsdann erworben, wenn der Erwerber das juriſtiſche Object des Rechtes hat. Dieſes iſt hier ſo wenig wie das corpus, ebenſowenig die Ausübung, ſondern das Ausüben Können, oder die Möglichkeit der Ausübung. Wie das Object des Eigenthums nicht das Gebrauchen, ſondern die vacua res, d. i. die abſolut brauchbare iſt. So gewiß aber die Sache zu Eigenthum durch einen Stellvertreter erworben werden kann, ſo gewiß kann jene objective Möglichkeit durch einen Stellvertreter in Jemandes Servitut erworben werden. Wie nun der ſein Eigenthum veräußernde Eigenthümer, der ſich den Nießbrauch vorbehält, und demgemäß ohne ein novum in corpore in der Detention bleibt, durch die bloße Erklärung, daß er das Eigenthum übertrage*), durch constitutum possessorium die Sache in Beſitz und Eigenthum des Käufers (ſich ſelbſt eben ſo unmittelbar brevi manu in die quasi possessio des uti frui) bringt; ſo muß um nichts weniger der eine Servitut ertheilende Eigenthümer dem Servituterwerber durch constitutum (quasi possessorium)**) die quasi possessio ohne ein novum in corpore ertheilen können; und muß das wollen, wenn er ihm wirklich ſofort die Servitut ſelbſt durch den Vertrag vertragen und übertragen will. Will er ſich aber durch den Vertrag nur perſönlich verpflichten zur ſpäteren Verleihung des Servitutobjects, ſo hat Jener die Servitut nicht erworben, bevor dieſe Pflicht durch quasi traditio erfüllt iſt. Er kann durch Vertrag das

*) L. 77 D. de rei vind. (6, 1). „Quaedam mulier fundum ita non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam adquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola emitteretur: quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.“

**) L. 4 D. de praesc. verb. (19, 5). „Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.“

Eine oder das Andre, wie er durch legatum per vindicationem die Servitut ſelbſt, oder durch legatum per damnationem nur eine Forderung auf dieſelbe geben kann *).

Damit aber jene Abſicht durch bloßen Vertrag und constitutum die Servitut ſelbſt zu übertragen zu Rechte beſtehen könne, iſt vor allen Dingen nothwendig, daß die Ausübung der Servitut objectiv möglich ſei, d. h. daß das practiſche Object der Servitut, wie das iter, der Aquäduct, welcher benutzt werden ſoll, überhaupt und im Beſitz des Servitut-Ertheilers vorhanden ſei **). Iſt dieſes der Fall, und will der Eigenthümer ſogleich die Servitut ertheilen, ſo gilt derſelbe, weil er es will und kann als Conſtituent ***) in der quasi possessio des Servitutberechtigten. Iſt

---

*) Ulp. 24, 3. „Per vindicationem his verbis legamus: do, lego, capito, sumito, sibi habeto." L. 41 D. de usufr. leg. (33, 2). „Cum ita legatum esset: fructus annuos fundi Corneliani do, lego: perinde putat accipiendum esse Labeo, ac si usufructus fundi similiter (i. e. per vindicationem) esset legatus, quia haec mens fuisse testatoris videatur." L. 10. L. 40 eod. (33, 2). „Illi cum illo habitationem lego." L. 3 pr. D. de usufr. (7, 1). „Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus [et ita] ut heres jubeatur dare alicui usumfructum."

**) L. 19 D. de S. p. r. (8, 3). „Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis, sibi dari oportere, petere possunt."

L. 19 D. quemad. serv. amitt. (8, 6). „Si partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil iuris amitto, quia nullum iter aquae fuerit, sed manet mihi jus integrum: quod si fecissem iter, neque usus essem, amittam."

***) L. 35 D. d. S p. u. (8, 2). „Si binarum aedium dominus dixisset, eas, quas venderet servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur." L. 3 D. comm. praed. (8, 4). „Duorum praediorum dominus, si alterum ea lege tibi dederit, ut id praedium, quod datur,

hingegen der Weg oder die Waſſerleitung überhaupt noch nicht in der Natur der Dinge vorhanden, ſo kann an demſelben jetzt auch Niemandes Servitut ſein *), weil an der nicht exiſtirenden Sache noch Niemandes Eigenthum iſt.

B. Originärer Erwerb.

§ 10.

1. Adjudicatio.

Der Richter kann im Theilungsproceſſe ſowohl dingliche als perſönliche Servituten ertheilen. Der Berechtigte erwirbt auch hier, wie bei der adjudicatio des Eigenthums von ſich ſelbſt, oder richtiger, was er ſchon hatte, verwandelt ſich in ein Andres.

Occupation von Servituten iſt nicht möglich; denn Servituten können nur an fremder Sache ſein, Occupation nur an nicht fremden.

§ 11.

2. Erſitzung.

Dem Geiſte des Rechtes gemäß that die älteſte Sitte und urtheilte ſpäter die älteſte Jurisprudenz, wenn ſie vom bloßen Weniger gelten laſſend, was vom bloßen Mehr galt, eine lange unbeſtrittene Ausübung der Servitut, ſo gut als des Eigenthums, als Recht gelten, mit andern Worten auch eine Servituterſitzung zuließ; denn die ratio des usus der 12 Tafeln iſt nicht, daß ein Eigenthum, ſondern daß ein Recht unmittelbarer Art lange genug unangefochten ausgeübt iſt und dadurch ſelbſt ſeine Wahrheit darthut. Man kann wohl annehmen, daß von der älteſten Zeit her die Servituten im Rechtsſtreite über dieſelben häufiger durch ein ſchon urſprüngliches, angewöhntes Haben, Erſitzung, als durch einen Beſtellungsact begründet wurden.

---

serviat ei, quod ipse retinet, vel contra, jure imposita servitus intelligitur."

*) L. 19 D. quemad. (8, 6.)

Trotz ihrer Conſequenz mochte dieſe Erſitzung bald unnützlich und unbillig gefunden werden; denn bei der kurzen Zeit von zwei Jahren oder gar von einem Jahr, beſonders da es mit der bona fides wohl nicht ſehr ſtrenge genommen wurde, wäre es zu leicht geweſen, auch dem aufmerkſamen Eigengenthümer eine Beſchränkung ſeines Eigenthums abzugewinnen, viel leichter als durch Erſitzung die ganze Sache zu gewinnen, denn man wird leichter das Fehlen des Beſitzes einer beſtimmten Sache als einzelne unbeſtimmte Einwirkungen auf dieſelbe gewahr, abgeſehen davon, daß die Eigenthums-Erſitzung früh eine ſtrengere bona fides erheiſchte als die Servituten-Erſitzung vermuthlich damals hatte. Darum hob ſchon am Ende der Republik eine lex Scribonia die usucapio servitutum auf*).

Die Erſitzung der Servituten überhaupt war es aber nicht, was dieſe lex abſchaffte, ſondern nur die eigentliche civile usucapio (brevis temporis) von 1 und 2 Jahren war es**). Hingegen die neue zeitgemäßere prätoriſche Erſitzung, die longi temporis i. e. 10 vel 20 annorum possessio, welche gleichfalls von Praxis und Doctrin auch auf Servituten bezogen wurde und eine effectiv vollkommen ſchützende in rem actio gewährte, blieb nicht bloß bis auf Juſtinian in Anwendung, ſondern wurde von ihm ausdrücklich anerkannt und dadurch ihr Schutz in den Rang einer ordentlichen, civilen und directen Klage erhoben. Somit iſt dieſelbe die einzige ordentliche Servitutenerſitzung des Juſtinianiſchen Rechts.

Die Erforderniſſe derſelben ſind, daß der Servituten-Beſitz mit bona fides begonnen, die lange Zeit von 10 oder 20 Jahren ununterbrochen gedauert habe, wobei es erlaubt iſt, die Beſitzzeit des Auctors einzurechnen. Näher:

---

*) L. 4 § 29 de usurp. (41, 3). „Libertatem servitutum usucapi posse, verius est: quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat.“

**) L. 14 pr. D. de servit. (8, 1). L. 10 § 1 D. de usurp. (41, 3). „Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.“

1) Beſitz. Die quasi possessio beſteht darin, daß auf eine wahrnehmbare Weiſe der Servitutbeſitzer ſich in der Lage befinde, den Servituteninhalt wirklich genießen zu können und zu wollen. Daß er wirklich ausübe und genieße, iſt nur da nöthig, wo das wirkliche Thun das einzige Mittel iſt, um die innerliche und äußerliche Wahrheit des Wollens und Könnens kund zu thun.

Der Anfang dieſes Quaſi-Beſitzes wird gemacht a) bei perſönlichen Servituten grade ſo, als wenn an dem practiſchen Object derſelben, dem Grundſtück, ein wahrer Beſitz erworben werden ſollte. Der Quaſi-Beſitzer zum Uſusfructus muß des corpus grade ſo vollkommen mächtig ſein, wie ein wahrer possessor. b) Bei Realſervituten iſt zu unterſcheiden: α) bei denjenigen, die unterbrochen und durch Menſchenhandlungen ausgeübt werden, z. B. iter, actus, aquaehaustus iſt der Beſitz erworben, wenn die Handlung des Gehens, Fahrens, Waſſerholens oft genug vorgenommen iſt, daß man ſagen kann: er geht, er fährt, und zwar mit dem äußern Schein des Rechts vorgenommen iſt, d. h. ungefähr, daß er es gethan wenn und wie es ihm bequem war, auf eigne Hand, ohne darum zu bitten, ohne Heimlichkeit zu ſuchen, und ohne etwanige Beſchwerden des Eigenthümers zu achten*); β) bei denjenigen, die unmittelbar von dem Grundſtück gegen das Grundſtück, alſo ununterbrochen und ſtetig ausgeübt werden, wie z. B. oneris ferendi, tigni immittendi, aquaeductus, altius non tollendi, iſt der Beſitz dann erworben, wenn dieſer beſchränkende körperliche Zuſtand, mit dem äußern Anſchein des Rechtes begonnen, vorhanden iſt, wenn auf dieſe Weiſe das onus impositum, das tignum immissum iſt.

---

*) L. 7 D. de itinere actuquae (43, 19). „Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis: non tamen tanquam id suo iure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus: inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.“

In Betreff des animus iſt allgemein erforderlich, daß die körperliche Servitutenausübung mit der Abſicht geſchehen ſei, für ſich, in eignem Namen dieſes thun zu wollen *).

Die ſo erworbene quasi-possessio dauert fort, ſo lange ihre integrirenden Momente, dieſes Wollen und jenes Können nebeneinander Statt finden, und iſt gegen gewaltthätige und betrügliche Störungen durch quaſipoſſeſſoriſche Interdicte geſchützt.

2) Bona fides. Zum Erſitzen aber genügt die eben beſchriebene quasi-possessio an ſich noch nicht, ſondern dazu muß dieſelbe mit dem Glauben des Rechtes begonnen ſein. Die bona fides braucht ſich hier jedoch nicht auf einen justus titulus, d. i. auf den Glauben zu berufen, daß ein beſonderer ausdrücklicher Beſtellungsact von Seiten des Eigenthümers geſchehen ſei, ſondern es wird ſehr vernünftig als genügend angenommen, daß die Ausübung nur nicht clam, precario und vi, überhaupt alſo nicht invito domino angefangen habe **). Denn was ich ohne zu bitten, ohne Heimlichkeit und ohne Einſpruch des Eigenthümers vor den Augen des Eigenthümers begann und fortſetzte, ohne daß er meines Treibens Rechtmäßigkeit negatoriſch klagend beſtritt, das darf ich wohl glauben, volente domino, d. i. rechtmäßig zu thun, das erſcheint als taciturnitate longi temporis zugeſtanden. Er hätte negatoriſch klagen können ohne Schwierigkeit, weil er ſah, was geſchah, und ſeitdem es das Erſitzungsgeſetz giebt, negatoriſch klagen müſſen, ohne Unbilligkeit, denn ſein Schweigen iſt vernünftig nicht anders zu interpretiren, denn als Genehmigung.

*) L. 25 D. quemad. serv. amitt. (8, 6). „Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utiliter competit.“

**) L. 10 pr. D. si servitus (8, 5). „Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione, jus aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse, docere de iure, quo aqua constituta est, velut ex legato, vel alio modo: sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.“

Wo das corpus rei alienae von der Beſchaffenheit iſt, daß nur eine außerordentliche Eigenthumserſitzung von 30 und 40 Jahren möglich wäre, da ſoll ganz conſequent die Servitutenerſitzung eben ſo lange dauern.

§ 12.

E. Aufhören der Servituten.

Jede Servitut muß ihrer Natur nach als Recht an einer fremden Sache aufhören, wenn der Servitutberechtigte die dienende Sache zu Eigenthum erwirbt, nemini res sua servit *). Die Perſonalſervituten, mit Ausnahme der habitatio und operae, hörten im älteren Recht durch jede capitis deminutio auf, im Juſtinianiſchen Recht nur durch die maxima und media **).

Usucapio libertatis, non usus. Der Eigenthümer, der einen Theil der Freiheit ſeines Eigenthums entbehrt, muß, wenn er dennoch dieſe Freiheit die rechte Zeit hindurch ohne Unrecht genoſſen hat, die Freiheit rechtlich wiederhabend angeſehen werden, oder: kann man durch Zeit eine ganz fremde Sache erwerben, ſo muß man auch die entfremdete Nutzung ſeiner eigenen Sache ſo erwerben können (libertas proprietatis usu capitur) ***).

Für die Frage, was nun libertas oder possessio seu usus libertatis ſei, ſo mußte allerdings der rechtlich Servitutleidende dann im factiſchen Beſitze und Vollgenuß der Freiheit ſein, wenn der Servitutberechtigte ganz und gar nicht im Beſitze ſeines Rechtes, gänzlich im non usus juris war. Aber dann fragte ſich wieder, was ein vollkomm-

*) L. 1 D. quemadmod. serv. amit. (8, 6). „Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.“

**) § 3 I. de usufr. (2, 4). „Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media.“

***) L. 4 § 29 D. de usurp. (41, 3). „Libertatem servitutum usucapi posse, verius est.“

ner non usus ſei. Das Eine iſt genau das Andre. Sehr richtig fand man heraus, daß nicht bei allen Servituten die Freiheit unter gleichen Bedingungen vorhanden ſei, und ſo wurden die in der That verſchiedenen Beſitzerforderniſſe auch durch den Namen unterſchieden. Bei einigen Servituten ſchien ein rein negatives Verhalten des Berechtigten zu genügen und dann hieß der darin unmittelbar enthaltene Freiheitsbeſitz des Servitutleidenden techniſch beſonders non usus. Bei andern Servituten ſchien ein poſitives Handeln des Dienenden erforderlich und der darauf gegründete Freiheitsbeſitz hieß vorzugsweiſe usus libertatis. — Jener non usus genügte bei denjenigen Servituten, welche unterbrochen durch Menſchenhandlung geübt werden, von denen alſo der Dienende bloß in den Momenten dieſer Thätigkeit eine Laſt und Unfreiheit empfindet, z. B. jus itineris.

Bei denjenigen Servituten, die von der herrſchenden Sache unmittelbar, alſo beſtändig und ununterbrochen ausgeübt werden, z. B. oneris ferendi, tigni immittendi, da mußte dieſes fortwährend von ſelbſt beſchränkende Verhältniß vernichtet und ſpurlos verſchwunden ſein. Beim jus tigni immittendi muß ſelbſt die Oeffnung, in welcher der Balken ruhte, verſchwunden ſein, damit man ſagen könne, der Servitutleidende habe ſeine Sache frei *). Mit andern Wor-

*) L. 6 D. de S. p. u. (8, 2). „Haec autem jura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt: nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat: veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris: alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet.“

ten: bei den Realſervituten, wo unmittelbar das Grundſtück an dem Grundſtück ausübt, wo praedium praedio utitur, giebt der bloße non usus der berechtigten Perſon dem dienenden Grundſtück und dem Herrn des dienenden Grundſtücks noch keinen usus libertatis. Dieſer kann hier erſt eintreten, wenn die an ſich ſelbſt dauerhafte Thatſache, durch welche das Grundſtück das Grundſtück benutzt, vernichtet iſt, was nicht leicht ohne ein poſitives Thun des dienenden Eigenthümers geſchehen wird.

Wenn alſo bei einem jus itineris das iter bloß zu Frommen des Servitutberechtigten gelegt und bloß von ihm benutzt und nur ſeinetwegen erhalten wurde, ſo würde das bloße non uti, das Nichtgehen, noch keine libertas für den dominus praedii, quod debet, enthalten. Auch hier müßte, um dieſe darzuſtellen, der Weg vernichtet ſein; denn auch hier dient und leidet das praedium und mittelbar ſein dominus, ohne Rückſicht auf den usus oder non usus der berechtigten Perſon durch das Daſein des Weges.

Bei allen Perſonalſervituten giebt der non usus der berechtigten Perſon, hingegen bei den meiſten derjenigen Realſervituten, welche gewöhnlich urbane ſind, erſt ein poſitiv unterbrechendes und aufhebendes Ereigniß der dienenden Sache die libertas. — Damit nun aber der Servitutdienende Eigenthümer ſelbſt im usus dieſer objectiv vorhandenen libertas befindlich angeſehen werden könne, iſt immer nöthig, daß derſelbe im Beſitz der verpflichteten Sache ſey*). Denn wer dieſe Sache gar nicht beſitzt, der kann auch nicht liberam rem i. e. rei libertatem beſitzen.

---

*) L. 32 § 1 D. de S. p. u. (8, 2). „Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur: quare, si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est: is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet: natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.“ L. 16 § 1 C. de usufructu (3, 33). „Sed hoc nos de-

Der usus s. possessio libertatis aber, möge er nun in non usu oder in usu libertatis im engern Sinn beſtehen, für ſich allein kann durch keine Dauer zum Recht werden, ſondern nur falls er ein rechter, d. i. wieder auf guten Glauben gegründeter war. Eines beſtimmten Titels bedarfs aber zur usucapio libertatis natürlich ſo wenig als zur usucapio servitutis, weil was dem Einen recht, dem Andern billig iſt; ſondern der Freiheitsbeſitzer darf wohl glauben, daß jenſeits auf das Servitutrecht verzichtet ſei, wenn er nur nicht clam, vi, precario des Andern non usus, ſeine libertas veranlaßt hat.

Die rechte Dauer der Zeit, statutum tempus, war von Alters her die übliche aller civilen usucapio von 1 und 2 Jahren, je nach Beſchaffenheit der dienenden Sache. Die lex Scribonia, welche die usucapio servitutum aufhob *), konnte dieſe usucapio conſequent nicht aufheben, wenn ſie die usucapio dominii intra annum vel biennium ſtehen ließ. Es iſt gleich leicht für den Eigenthümer und Servitutberechtigten, gegen das Aufhören ihres daſeienden Rechtes zu wachen, von dem ſie ein beſtimmtes Wiſſen und Wahrnehmung haben. Schwerer iſt es für den Eigenthümer gegen das Entſtehen einer noch nicht daſeienden Servitut gegen ihn zu wachen; da er von der noch nicht daſeienden Laſt keine ſo beſtimmte Wahrnehmung hat. In jenem Fall ſoll man nur ſein eignes Haben und Thun, in dieſem fremdes Thun beachten. Juſtinian aber hob conſequent auch hier wie bei der Eigenthumserſitzung ſo unbillig kurze Friſten auf und ließ allein die durchs prätoriſche Recht eingeführte längere Friſt von 10 und 20 Jahren gelten **).

---

cidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed nec ipsum usumfructum non utendo cadere — — — nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiamsi dominium vindicaret, posset eum praesentem vel absentem excludere."

*) L. 4 § 29 D. de usurp. (41, 3).

**) L. 13 C. de servit. (3, 34). „Sicut usumfructum, qui non

II. Jus in agro vectigali, Emphyteusis, Emphyteuſe.

Bei größeren Grundbeſitzungen, namentlich wenn dieſelben nicht Individuen, ſondern Gemeinheiten oder Geſellſchaften angehörten, liegt es in der Natur des Gegenſtandes, daß eigne Bewirthſchaftung derſelben oft nicht rathſam, aber auch mit einer gewöhnlichen Zeitpacht nicht immer gedient iſt. Der Zeitpächter wird ein ſolcher Grundherr viele nehmen müſſen, der eine von ſolchen Pächtern kündigt, einem andern muß gekündigt werden, er hinterläßt vielleicht das Grundſtück in ſchlechtem Zuſtande, der Herr ſitzt ohne Pächter, ein dritter fordert nothwendige Reparaturen, Nachlaß wegen Mißwachs und Abzug wegen nothwendiger Verwendungen, Schutz gegen Anmaßungen der Nachbarn, der Eigenthümer behält die Zahlungen der öffentlichen Laſten. Das Alles bringt durch ungewiſſe Auslagen und ungewiſſes Einkommen, durch eine Menge von Proceſſen und andern Geſchäften, durch die ſchwierige Controlle über die Geſchäftsführer auf Seiten des Eigenthümers und durch beläſtigende Beſchränkung und Abhängigkeit des Pächters ſo viele Unbequemlichkeiten mit ſich, daß man von beiden Seiten beſſer berathen war, wenn der Verleihungsvertrag ſolcher Ländereien den Verhältniſſen angemeſſen erweitert und vereinfacht im Weſentlichen etwa dahin abgefaßt wurde: „Der Pächter erhält das Grundſtück zur Benutzung auf Lebenszeit oder erblich, erwirbt nicht bloß die Früchte,

---

utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus deminuebatur: non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium: ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed decennio contra praesentes, vel viginti spatio annorum contra absentes: ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis, explosis differentiis.“

ſondern ſchaltet, ſoweit ihm das dienlich iſt, ſelbſt über die Subſtanz der Sache; trägt dagegen alle öffentlichen Laſten und alle Unterhaltung der Sache, zahlt an den dominus ohne allen Anſpruch auf Nachlaß*) einen Zins, vectigal, canon, welcher wegen ſeiner größeren Laſten und größeren Riſikos geringer als der Zins eines Pächters iſt, er ſchützt ſich ſelbſt im Beſitze und in ſeinem Rechte gegen Störer und Verletzer**), ſo daß der Verpächter ohne alle perſönliche Verpflichtung jedem Dritten gleichſteht."

So wurde durch die Macht der Verhältniſſe ein eigenthümliches Rechtsinſtitut hervorgebracht, welches in dem Syſtem der Juriſten keinen Platz fand***). Ein bloß obligatoriſches Verhältniß war es nicht, aber eben ſo wenig eine Servitut oder Eigenthum.

Kaiſer Zeno entſchied, daß das Verhältniß, für welches der Name emphyteusis üblicher geworden war, als der ältere, als ein neues von eigenthümlicher Art zu behandeln ſei†).

---

*) L 1 i. f. C. de jure emphyt. (4, 66). „Sin vero particulare vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia: hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum."

**) L. 1 § 1 D. Si ager vectig. (6, 3). „Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem: sed et adversus ipsos municipes."

***) Gaj. III. 145. „Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. veluti si qua res in perpetuum locata sit: quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quam diu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus praedium auferatur. sed magis placuit, locationem conductionemque esse."

†) L. 1 C. de jur. emphyt. (4, 66). „Jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separa-

Der Begriff der Früchte iſt hier weiter als beim Pächter und beim Uſufructuar und werden dieſelben ſchon zu Eigenthum erworben durch die Separation, als welche die Früchte zu einer beſondern getrennten Sache macht, deren Beſitz der Emphyteuta ſchon vor der Trennung derſelben zugleich mit dem Grundſtück, deſſen Theil ſie waren, hatte.

Durch den die Errichtung der Emphyteuſe enthaltenden Vertrag wird nicht das dingliche Recht ſelbſt erworben, ſondern, da das juriſtiſche Object das Grundſtück ſelbſt iſt, erſt mit dem Beſitze dieſes. Auch eine Erſitzung der Emphyteuſe iſt nicht bloß denkbar, ſondern nach der Analogie des Eigenthums und der Servituten rechtlich zu geſtatten; jedoch muß der Beſitz des Emphyteuta für die ordentliche Erſitzung von 10 und 20 Jahren mit justus titulus begonnen haben.

Auch durch Kauf vom Emphyteuta kann das emphyteutiſche Recht ſelbſt, und nicht bloß die Ausübung durch Pacht ꝛc. erworben werden, wobei der Käufer den funfzigſten Theil des pretii (laudemium) an den Eigenthümer zu entrichten hat *).

Die Emphyteuſe kann aufhören 1) durch unbeerbten Tod des Emphyteuta, 2) durch Veräußerung, bei welcher dem dominus ein geſetzliches Vorkaufsrecht (jus protimiseos) zuſteht. 3) Durch Privation wegen Verſchlechterung des Grundſtücks oder wegen dreijähriger, bei der kirchlichen Emphyteuſe zweijähriger Säumniß in der Zahlung ſowohl des Canons als der öffentlichen Abgaben **).

III. Superficies.

Superficies heißt eigentlich Alles, was über dem Erdboden in Verbindung mit demſelben iſt, namentlich ein Gebäude, und davon abgeleitet ein der Emphyteuſe ähnliches, wie dieſe über die Servitut hinausgehendes Recht an einem fremden Gebäude.

---

tum: conceptionem item definitionemque habere propriam."

*) L. 3 C. h. t. (4, 66).

**) L. 2 C. h. t. (4, 66).

Der ſo Berechtigte, superficiarius, darf das Gebäude, an deſſen Subſtanz ſelbſt er Beſitz und Recht hat, in jeder Weiſe benutzen, die Individualität deſſelben beliebig verändern, wenn er nur nicht den Werth deſſelben verſchlechtert.

Das Recht pflegte auf Lebenszeit oder erblich gegeben zu werden, und konnte nur an ſtädtiſchen Grundſtücken Statt finden. Der Superficiarius trägt die Abgaben und Unterhaltungskoſten und zahlt dem dominus einen jährlichen Zins, solarium, pensio, der in der Regel geringer iſt, als ein Miethzins ſein würde, weil nämlich in der Regel das Rechtsverhältniß damit beginnt, daß der superficiarius durch Ausbau, Wiederbau oder Neubau auf eigne Koſten das Gebäude ſelbſt ſchafft *).

Der Berechtigte kann die vindicatio und negatoria mit vollem Effecte gebrauchen, als wenn er dominus wäre **) und iſt in poſſeſſoriſcher Rückſicht durch ein eignes interdictum de superficiebus geſchützt, deſſen ungeachtet ihm auch die gemeinen poſſeſſoriſchen Interdicte zuſtehen, da er in Wahrheit beſitzt.

Das dingliche Recht ſelbſt, da es die Sache ſelbſt zum Gegenſtande hat, kann erſt mit dem Beſitze der Sache ent-

---

*) L. 2 D. de superfic. (43, 18). „Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sint, quarum proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.“

**) L. 1 § 1. 2. 3. D. h. t. (43, 18). „Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto: si emit, ex emto agere cum domino soli potest. Etenim si ipse eum prohibeat, quod interest, agendo consequetur. Sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus, et cedere. Sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret et quia melius est possidere potius, quam in personam experiri, hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri. Proponitur autem interdictum duplex, exemplo interdicti Uti possidetis.“

ſtehen. Der Vertrag giebt nur eine perſönliche Klage auf die Verleihung des Beſitzes.

Auch durch Erſitzung muß eine Superficies entſtehn können und wird die ordentliche Erſitzung nicht ohne justus titulus beginnen können.

IV. Pfandrecht, Pignus, insbeſondre Hypotheca.

§ 1.

A. Begriff und Arten des Pfandes.

Es iſt nicht ſelten, daß wer ein bloßes Forderungsrecht gegen eine Perſon hat, ſich damit entweder nicht ſicher glaubt oder es auch wirklich nicht iſt; denn der Schuldner kann nicht immer, was er wollte, und will nicht immer, was er könnte. Unter manchen anderen Mitteln kann in ſolchem Fall das Pfandrecht dem Gläubiger helfen. Das iſt ſeiner allgemeinen praktiſchen Natur nach dasjenige Inſtitut, durch welches einem Gläubiger der Betrag ſeiner Forderung dadurch geſichert wird, daß ihm der Ertrag und Werth eines vorhandenen Vermögensrechtes unmittelbar haftet. Seiner beſonderen juriſtiſchen Natur nach kann daſſelbe ſich ſehr verſchieden geſtalten, theils durch die Natur der Rechte, welche verpfändet werden; denn es macht einen Unterſchied, ob dazu ein dingliches oder perſönliches Recht verwandt wird, theils durch die an einer und derſelben Gattung von Rechten möglichen verſchiedenen Verpfändungsweiſen; denn Verpfändung kann an Eigenthumsgegenſtänden, z. B. durch Eigenthumsübertragung, durch Beſitzverleihung oder durch Conſtituirung eines eigenthümlichen Rechts auf die Sache geſchehen.

Das ungelenke älteſte Recht wußte hier kein anderes Mittel, als daß der Schuldner dem Gläubiger eine Manus-Sache durch fiducia zu Eigen gäbe, denn es kannte kein anderes Verhältniß zur Sache, als das des vollkommnen Eigen. Dadurch war dieſe dem Gläubiger dann allerdings vollkommen ſicher. Um jedoch den Schuldner nicht

unnöthigerweiſe außer Beſitz und Genuß zu ſetzen, ſo gab der Gläubiger in ſpäterer Zeit, wo das möglich ſchien, ihm wohl die Sache bittweiſe, oder, ſeitdem man ſolche Rechtsverhältniſſe kannte, in Miethe oder Pacht*). Doch konnte er natürlich ſolche Beſitzüberlaſſung nur bei unbeweglichen Sachen wagen.

Konnte der Schuldner keine unbewegliche Sache zur fiducia herbeiſchaffen, ſo gab er dem Gläubiger eine bewegliche Sache, zum Feſthalten und Beſitzen; und zwar ohne zugleich auch das Eigenthum zu übertragen**). Der Gläubiger hatte an der Sache ſelbſt zwar kein Recht; aber doch durch ihren Beſitz eine zweckentſprechende Sicherheit. Solcher Verpfändungsvertrag, nachher auch das Pfandobject hieß pignus.

Aber dieſe beiden Pfandarten, welche ſchon eine dem alleräLteſten Recht noch fremde Trennung des Eigenthums und des Beſitzes einer Sache enthalten, reichten nicht mehr aus, nachdem in andern Sphären neue Rechtsverhältniſſe entſtanden. In demſelben Maaße wie der Perſonalcredit durch Entſtehung früher unerhörter Obligationsverhältniſſe fortſchritt, mußte auch die Bildung von Realcreditverhältniſſen fortſchreiten; denn ohnedies wären jene neue Obligationsverhältniſſe Wagniſſe, aber nicht Rechtsverhältniſſe geweſen. So war namentlich in dem neu entſtehenden Verhältniß des Verpächters gegen den Pächter ſelten mit fiducia und pignus geholfen. Der

---

*) Gaj. II, 60. „Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius res nostrae apud eum essent: siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio: si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit: nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret.“

**) L. 35 § 1 D. de pignorat. act. (13, 7). „Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario, et pro conducto debitor re sua uti.“

Pächter, der eine große Pachtſumme ſchuldig wird, wird ſelten unbewegliche zur fiducia geeignete Sachen haben, ſeine beweglichen zum pignus wohl geeigneten Sachen aber nicht leicht entbehren können. Die Betheiligten mußten ſich alſo ſelber helfen und das geſchah ſo, daß der Pächter mit dem Verpächter vertrug, daß dieſer im Falle der Nichtzahlung der Pachtſumme ſein Mitgebrachtes an ſich nehmen und aus dem Verkauf deſſelben ſich bezahlt machen möge. Das alte Civilrecht kannte ſolche Vereinbarung nicht und kein des jus civile noch ſo Kundiger konnte dem Verpächter eine actio zur Geltendmachung dieſes Vertrages aus demſelben nachweiſen. Wohl aber konnte der Prätor dem Pächter befehlen, daß er ſein Wort halte, und alſo die Sache zum Verkauf ausliefere. Es mochte öfter ein ſolches Decret (wenn die Sache vorfiel), prout res incidit, gefallen ſein. Ein Prätor Salvius gab zuerſt mit Nachdruck ein für alle Mal (in perpetuum) das Verbot an den Pächter, ſich der von ihm zugeſagten Veräußerung zu widerſetzen. Dieſes Verbot, interdictum Salvianum genannt, machte die Nichterfüllung von Seiten des Pächters zum wirklichen Unrecht und gab alſo dem Verpächter einen rechtmäßigen Anſpruch gegen die Perſon des Pächters auf Auslieferung der Sachen, interdictum Salvianum *).

Das Rechtsmittel war gut, wenn der Pächter die Sachen noch hatte, aber noch beſſer war es, daß ein ſpäterer Prätor Servius auf den Fall bedacht und durch Erfahrung hingewieſen, wo der Pächter ſo klug geweſen war, die Sache bei Zeiten auf die Seite zu bringen, dem Verpächter eine Verfolgung der Sache ſelbſt zugeſtand, wo ſelbige ſich fände bei jedem Dritten, der ſo unredlich oder unvorſichtig geweſen war die Sache zu kaufen oder ſonſt wie an ſich zu bringen. Der Prätor Servius bildete ſich gewiß nicht ein, etwas Neues erfunden zu

---

*) Gaj. IV, 147. „Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.“

haben, ſondern meinte nur, das interdictum Salvianum und den Vertrag, welchen dieſes ſchützen wollte, billig und vernünftig interpretirt zu haben; wie auch der Prätor Salvius nur den noch unausgeſprochenen, aber redlichen Willen des Civilrechts kund zu thun vermeinte. War nun dieſe actio Serviana da, ſo verſtanden die Juriſten, wenn ſie als Grund und Weſen, ratio, dieſes Edictes nicht die zwiſchen Verpächter und Pächter über deſſen Hausgeräth geſchloſſene Vereinbarung, ſondern vielmehr die zwiſchen einem Gläubiger und Schuldner für die Schuld geſchehene Verpflichtung, obligatio, einer dieſem eigenthümlichen Sache anſahen, den edicirenden Prätor ſo gewiß richtig, als die folgenden Prätoren wirklich in jedem Fall der Art die actio Serviana dem Gläubiger hülfreich ſein ließen, utilem dabant Servianam actionem.

Dieſes über ſeinen Wortlaut hinaus auf jede obligata res zuſtändige Klagerecht heißt bald actio Serviana ſchlechthin, genauer Serviana utilis oder mit dem griechiſchen Namen hypothecaria, mit dem altrömiſchen pigneratitia actio *).

---

*) § 7 I. de act. IV, 6. „Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. Nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime cum mobilis sit. At eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus."

L. 1 pr. D. de pignorat. act. (13, 7). „Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est."

L. 5 § 1 D. pignor. et hypothec. (20, 1). „Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt."

L. 9 § 2 D. de pignor. act. (13, 7). „Proprie pignus

Das Recht (hypotheca, pignus, suppositio, obligatio rei) iſt ein dingliches Recht an einer fremden Sache (jus in re aliena). Ein dingliches Recht*), weil der Berechtigte ſich unmittelbar ſelbſt ſchützt, und der Sache ſelbſt, nicht einer beſtimmten Perſon nachgeht. Aber er will ſo wenig die Sache ſelbſt, rei substantiam haben, als man bei einer perſönlichen Klage die Perſon ſelbſt haben will. Er will nur dieſe Sache veräußern dürfen. Das juriſtiſche Object alſo iſt in ſich dieſes Unkörperliche: „die Veräußerungsbefugniß dieſer Sache" und unmittelbar conſequent nach auſſen: „die Allen obliegende negative Verbindlichkeit, der Veräußerung nicht hinderlich zu ſein."

In der Hypothek ſind alle weſentlichen Zwecke des Pfandes erreicht, aber ſie enthält nichts Ueberflüſſiges, als z. B. Beſitzentziehung wie das pignus, noch gänzliche Rechtsentziehung wie die fiducia; und doch trotz dem, daß Beſitz und Recht dem Schuldner verbleiben, alles Nöthige für den Gläubiger; wenn ſie nur an einer unbeweglichen, d. i. in dieſer Beziehung an ſich ſichern Sache Statt findet.

Aber auch bei dieſer hypotheca blieb das Bedürfniß und die ihm entſprechende Erfindſamkeit des Verkehrs nicht ſtehen, ſondern erſchuf, während die fiducia in der claſſiſchen Zeit ſchon veraltete, neben dem pignus und der Hypothek, durch welche beiden nur Eigenthumsobjecte verpfändet werden konnten, noch andre Pfandarten. Denn faſt alle jura in re, ſelbſt die hypotheca und ſelbſt Obligationen wurden allmählig pfandbar**). Und ſo war von dieſer Seite ſchon die Möglichkeit gegeben, nicht bloß einzelne Sachen, ſondern auch eine Maſſe von Sachen,

---

dicimus, quod ad creditorem transit: hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem."

*) L. 17 D. de pig. et hypothec. (20, 1). „Pignoris persecutio in rem parit actionem creditori."

**) L. 9 § 1 D. de pign. et hypoth. (20, 1). „Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest."

und zwar entweder ein ganzes Vermögen *) (quae quis habeat s. quae nunc habeat, s. quae habeat habiturusque sit), oder einen Inbegriff von mehreren Sachen (universitas, genus rerum) auf einmal zu verpfänden. Bei dieſen Geſammtverpfändungen war lange Uneinigkeit unter den Juriſten und in der Praxis, ob und inwieweit ſolche als ein einziges, oder als mehrere einzelne Pfandrechte zu behandeln ſeien.

Die allgemeinſte Anſicht wurde aber die, daß

1) wo ein ganzes Vermögen verpfändet ſei, nur eine Menge einzelner Pfandrechte beſtellt ſei, je eins an jedem einzelnen vorhandenen Objecte des Vermögens. Durch Juſtinian aber wurde auch der künftige Erwerb unter das: „quae habeo, quae ad me pertinent“ mit einbegriffen **).

2) Wo aber eine universitas rerum, ein ſolcher Inbegriff von mehreren Sachen, die in ihrem factiſchen Gebrauche als eine behandelt werden, verpfändet ſei, daß da, ſo weit es möglich, auch ein Pfand gemeint ſei an dem einen Ganzen, aber nicht verſchieden an den einzelnen Körpern.

Der Unterſchied beider hat ſeine natürlichen Conſequenzen:

1) die Sache, welche aus dem verpfändeten Vermögen veräußert wird, bleibt dennoch verpfändet, eben weil ſie ſelbſt verpfändet war; die Sache, die hinein erworben wird, haftet erſt vom Erwerbe an, weil keine frühere Verpfändung gemeint ſein konnte ***).

---

*) L. 1 pr, D. eod. (20, 1). „Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est.“
L. 6 eod. (20, 1). „Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse: utputa suppellex: item vestis relinquenda est debitori: et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse: proinde de ministeriis ejus perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem ejus pertineant.“

**) L. 9 C. quae res pignori (8, 17).

***) L. 7 § 1 D. qui potiores in pign. (20, 4). „Si tibi quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meam pervenerit, mox do-

2) Die Sache, welche aus der verpfändeten universitas rerum veräußert wird, iſt pfandfrei, weil dieſe Sache niemals verpfändet war, ſondern nur das universum, der Inbegriff. Die Sache, welche ſpäter hineinerworben wird, kann der Schuldner nicht von dem einen Pfand an der universitas ſepariren, weil die Sache inſeparat, d. i. inbegriffen in der einen universitas iſt *).

§ 2.

B. Wirkungen des Pfandrechts für Gläubiger und Schuldner.

Die Wirkung des Pfandrechts für den Pfandgläubiger iſt die Sicherheit ſeiner Forderung, alſo eine Bereicherung, und zwar durch die Befeſtigung ſeines activen Credits gegen ſeinen Schuldner, und dadurch ſeines paſſiven gegen ſeine Gläubiger. Von dem letztern kann er auch Gebrauch machen durch Verpfändung ſeines Pfandrechts, vermöge welcher der Gläubiger des Pfandgläubigers des letztern actio pigneratitia mit allen Bedingungen und Beſchränkungen, wie

---

minium ejus adquisiero, putat Marcellus concurrere utrumque creditorem et in pignore."

L. 34 § 2 D. de pign. et hypoth. (20, 1). „Creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis habet, habiturusve esset: quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignori esse coeperint? Respondit coepisse."

*) L. 13 p. h. t. (20, 1). „Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur: sed et si prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur."

L. 34 p. h. t. (20, 1). „Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illa-

ſie iſt, utiliter ausüben kann*). — Eine weitere Benutzung und Erwerb aus dem Pfande hat der Pfandgläubiger als ſolcher niemals, ſo weit ihm nicht an Zahlungsſtatt, in Betreff Capitals oder ſchuldiger Zinſen, oder aus Dankbarkeit ſolches ausdrücklich oder ſtillſchweigend zugeſtanden iſt (pactum antichreticum, antichresis tacita)**). Den Beſitz hat der Pfandgläubiger nur an dem pignus, weil er ihm da gegeben iſt, weil er deſſelben da bedarf, denn zum pignus werden Mobilien verliehen***); niemals hat er Beſitz an der hypotheca, ob er ſie auch detinire, denn da iſt ihm der Beſitz nicht gegeben, weil er ihn da nicht gebraucht; denn hypotheca wird an Immobilien beſtellt; jedoch nach Juſtinians richtiger Interpretation hat der Gläubiger an dem pignus eine hypotheca, weil ihm dieſe oft nützlich und dem Schuldner niemals ſchädlich, alſo auch nicht von ihm vorenthalten ſein kann†).

---

tae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur."

*) L. 13 § 2 h. t. (20, 1). „Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio, quam actio utilis ei danda est."

**) L 11 § 1 h. t. (20, 1). „Si ἀντίχρησις facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque."

***) L. 238 § 2 d. V. S. (50, 16). „Pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui."

†) § 7 I. de act. (4, 6). „Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest. Nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime

Das Pfandrecht, welches Einer hat, hat er ungetheilt, pignoris causa individua, und haftet es deshalb z. B. auch für den geringſten Reſt dieſer Schuld ganz*).

Die Wirkung des Pfandrechts für den Schuldner iſt eine Verarmerung und Beſchränkung. Denn die verpfändete Sache, obgleich er ſie hat, iſt ihm ſo weit werthlos und unſicher, als dem Pfandgläubiger der Werth derſelben ſicher iſt. Soweit das nicht der Fall iſt, bleibt aber die Sache dem Schuldner 1) zur weitern Verpfändung, ſoweit noch Jemand der Sache creditiren will; 2) zur eignen Veräußerung, ſoweit Jemand ihren unſichern Werth bezahlen will; jedoch kann eine einzelne verpfändete bewegliche Sache nicht ohne ausdrückliche Einwilligung des Gläubigers veräußert werden**). Denn eine ſtillſchweigende Einwilligung für die bewegliche Sache iſt nur, wenn dieſelbe in einer universitas facti oder in einem Vermögen begriffen war, anzunehmen, wo der Wechſel des Einzelnen die Natur des Ganzen iſt. Doch überträgt auch jene diebiſche Veräußerung des einzelnen Pfandes Eigenthum auf den Käufer, denn das ſtört nicht den Effect des Pfandrechts***); 3) zur Benutzung, ſoweit dieſelbe nicht dem Gläubiger gegeben iſt; 4) zum

---

si mobilis sit. At eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus."

*) L. 19 D. h. t. (20, 1). „Qui pignori plures res accepit, non cogitur, unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur."

**) L. 66 pr. D. de furt. (47, 2). „Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Julianus putat."

***) L. 36 D. de noxal. act. (9, 4). „Si quis servum pigneratum, deinde a debitore subreptum, emerit a debitore, nomine ejus furti tenebitur, dominio servi adquisito: nec oberit, quod Serviana potest ei homo avocari."

L. 18 § 2 D. de pigner. act. (13, 7). „Si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat."

Beſitzen, ſoweit daſſelbe nicht dem Gläubiger zuſteht. Denn was der eine hat, kann der andre nicht haben.

§ 3.

C. Vorausſetzungen und Bedingungen eines Pfandrechts.

Die abſolute Vorausſetzung der Entſtehung, wenn auch nicht des Beſtehens eines wirklichen Pfandes iſt das Daſein einer Forderung, für welche es hafte, nicht grade einer ſofort exigibeln, ſondern auch eine betagte genügt. Aber auch nicht einmal eine unbedingt wirkliche, ſondern nur eine unbedingt mögliche iſt nöthig, d. h. auch von dem, der unbedingt ſchuldig werden kann, kann von da an, von wo er das werden kann, ein wirkſames Pfand beſtellt werden, z. B. vom socius, tutor, vom Beginn ihres Verhältniſſes. Wenn hingegen für eine bedingte Forderung ein Pfand oder unter Bedingung ein Pfand beſtellt worden iſt, ſo entſcheidet der Eintritt der Bedingung, daß das Pfand wirkſam und da ſei*), von wann es wirke, entſcheidet die Abſicht des Verpfändungsvertrags.

Der nächſte Grund der Entſtehung eines einzelnen Pfandrechts kann ſein: entweder der unmittelbar eigne Wille desjenigen, deſſen Sache als Pfand haften ſoll (pignus voluntarium) oder der Wille des Rechts (pignus necessarium).

---

*) L. 5 pr. D. de pign. et hypoth. (20, 1). „Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione: sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum: et sive pura est obligatio, vel in diem, vel sub condicione, et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat: sed et futurae obligationis nomine dari possunt: sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali: sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit.“

§ 4.

A. Pignus necessarium.

Das unfreiwillige Pfandrecht kann von dreierlei Art ſein:

1) Pignus praetorium iſt dasjenige, welches durch eine prätoriſche missio in bona entſteht *).

2) Pignus in causa judicati captum iſt die Sache, welche von Gerichtswegen dem rechtskräftig verurtheilten, nicht freiwillig zahlenden Schuldner gepfändet wird, damit aus ihrem Verkaufe der Gläubiger befriedigt werde**).

3) Pignus tacitum (legale) iſt ein Pfand, welches in Folge beſondrer geſetzlicher Verordnung mit gewiſſen begünſtigten Forderungen zu deren größerer Sicherheit von ſelbſt entſteht, ohne daß es ausdrücklich beſtellt iſt. Dieſes Pfand erſtreckt ſich mitunter auf das ganze Vermögen des Schuldners, mitunter auf eine einzelne Sache.

Ein pignus tacitum am ganzen Vermögen des Schuldners haben nach dem neueſten Recht z. B.

a) der Fiscus wegen ſeiner Steuerforderungen und wegen contractlicher Forderungen ***).

---

*) L. 26 D. de pignor. act. (13, 7). „Non est mirum, si ex quacunque causa Magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit. Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.“

**) L. 15 pr. § 1. 2. 3. D. de re jud. (42, 1). „A Divo Pio rescriptum est Magistratibus populi Romani, ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi, qui eos dederunt. § 1. Sententiam Romae dictam, etiam in Provinciis posse praesides, si hoc jussi fuerint, ad finem persequi, Imperator noster cum patre rescripsit. In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem res mobiles animales pignori capi jubent, mox distrahi: quarum pretium si suffecerit, bene est: si non suffecerit, etiam soli pignora capi jubent et distrahi: quod si nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt.“

***) L. 1 C. in quib. caus. pig. (8, 15). „Universa bona eorum, qui censentur vice pignorum tributis obligata sunt.“

b) die Ehefrau und deren Erben wegen Reſtitution der dos &c. *).

Ein ſpecielles hat z.B. der Vermiether und Aftervermiether an den von dem Miether und Aftermiether in die Behauſung eingebrachten Sachen **) und der dominus eines praedii rustici an den von ſeinem Pächter percipirten Früchten ***).

§ 5.

B. Pignus voluntarium, insbeſondre conventionale.

Damit eine rechte hypotheca mit directem Schutz (actio directa) durch Vertrag entſtehe, iſt erforderlich, daß der dominus die Sache verpfände, ohne Unterſchied, ob für eine fremde oder für eine eigne Schuld †).

Der Vertrag, aus dem jus honorarium entſprungen, hat keine beſondre Form, ſondern jede expreſſe und jede ſtillſchweigende Art der Willensäußerung genügt ††).

L. 2 C. cod. (8, 15). „Certum est ejus, qui cum fisco contraxit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamvis specialiter id non exprimatur.“

*) L. un. § 1 C. de rei uxor. act. (5, 13). „Et ut plenius dotibus subveniatur: quemadmodum in administratione pupillarium rerum, et in aliis multis juris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus: ita et in hujusmodi actione (sc. de dote act.) damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda.“

**) L. 4 pr. D. in quib. caus. pig. (20, 2). „Eo jure utimur, ut quae in praedia urbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit: in rusticis praediis contra observatur.“ L. 9 § 5 de pignor. act. (13, 7).

***) L. 7 pr. D. in quibus caus. pig. (20, 2). „In praediis ructicis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit.“

†) L. 5 § 2 D. de pig. et hyp. (20, 1). „Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena.“

††) L. 4 D. h. t. (20, 1). „Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae:

Der Vertrag ohne Weiteres giebt das dingliche Recht, die in rem actio hypothecaria; denn der Vertrag, die angenommene Zuſage des Schuldners, daß der Gläubiger veräußern dürfe, giebt dieſem ſchon vollſtändig und unmittelbar das unkörperliche Object des dinglichen Rechts, die gegen Jedermann anzuſprechende Veräußerungsbefugniß, wie ſie der Verpfänder ſelbſt hat. Der Gegenſtand des Rechts iſt corporaliter unbeſitzbar, aber animo abſolut beſitzbar, es iſt ein in der Zukunft gelegenes, reines Dürfen, welches durch bloßes Wollen angeeignet wird; aber dennoch dinglicher Natur; denn er darf und will, alſo kann unmittelbar und gegen Jedermann.

Wenn alſo nur durch die Pfandbeſtellung abſeiten des dominus eine actio directa hypothecaria entſteht, ſo iſt doch nicht jede vom non dominus ausgehende Beſtellung ganz unnütz; denn

1) ein pignus pignoris hat ſeinen Nutzen.

2) Wenn ein bonae fidei possessor verpfändet hat, ſo hilft dem Pfandgläubiger aus ſolcher Verpfändung eine Pfandklage gegen alle, welche der Verpfänder durch ſeine Publiciana abwehren konnte*) und gegen alle, die ſpäter von demſelben auctor, ſelbſt nachdem dieſer dominus geworden war, ein Pfand bekommen haben**).

---

nec ad rem pertinet, quibus ſit verbis: sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur: et ideo et sine scriptura si convenit, ut hypotheca sit, et probari possit, res obligata erit, de qua conveniunt. fiunt enim de his scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit, et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem: sicut et nuptiae sunt licet testationes in scriptis habitae non sunt."

*) L. 18 D. de pig. et hyp. (20, 1). „Si ab eo, qui Publiciana uti potuit,' quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam."

**) L. 14 D. qui potiores in pignore (20, 4). „Si non dominus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior po-

3) Wenn eine ganz fremde Sache ohne Einwilligung des dominus verpfändet wurde, und der, welcher zur Zeit der Verpfändung Eigenthum und Befugniß zum Verpfänden hatte, hinterher ſchlechthin genehmigt, ſo iſt ein vollkommnes Pfand von jenem Augenblick der Beſtellung vorhanden; denn durch die Genehmigung hat der dominus es beſtellt*).

4) Wenn eine fremde Sache verpfändet wurde, und der Verfänder hinterher das Eigenthum ſelbſt erwirbt, ſo convalescirt zwar dadurch niemals eine wahre hypotheca; denn der dominus hat es weder ſelbſt beſtellt, noch wird und kann der jetzige dominus ratihabiren (obgleich er, wenn er es könnte, nach der bona fides des Vertrages müßte); denn er war damals, als beſtellt wurde, nicht dominus. Aber auch vom Augenblick, wo der Beſteller das Eigenthum erwarb, iſt keine directa actio vorhanden, denn jetzt da er dominus iſt, beſtellt er nicht, aber es wird dem Gläubiger die hypothecaria, die er nicht eigentlich hat, doch gegen jeden utilis ſein**); denn es wäre improbitas, dolus, wenn der Verpfänder ſich auf die Ungültigkeit ſeiner eignen Verpfändung be-

---

tior est: quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit."

*) L. 20 D. de pignor. act. (13, 7). — L. 16 § 1 D. de p. et hyp. (20, 1). „Si nesciente domino res ejus hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit: voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt."

**) L. 5 C. si aliena res pignori (8, 16). „Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur."

L. 41 pr. D. de pigner. act. (13, 7). „Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti: datur utilis actio pigneratitia creditori."

rufen, oder wenn ein Dritter ſolchen dolus des Verpfänders ſupponiren oder benutzen wollte.

5) Es kann nicht ganz Daſſelbe gelten, wenn der Debitor, der eine fremde Sache verpfändete, von dem dominus derſelben beerbt wird, wiewohl jetzt Schuldner ja ſelbſt Pfandbeſteller und Eigenthümer wieder eine Perſon iſt. Man könnte ſogar meinen, daß hier ein rechtes Pfand convalescire, da dieſer Erbe, als zur Zeit der Beſtellung dominus, ratihabiren könne, als jetzt Erbe ratihabiren müſſe. Es iſt wahr, daß er könnte, aber nicht, daß er müßte; denn der Erbe kann nie zu mehr gehalten werden, als der Erblaſſer ſchuldig war; der aber war nicht ſchuldig zu ratihabiren, weil er es nicht konnte, alſo iſt dieſer deſſen nicht ſchuldig, obgleich er es könnte. Aber auch nicht einmal utiliter vom Augenblick der Beerbung an wird dem Gläubiger nach dem, was vorliegt, die hypothecariſche Klage zuſtehen. Denn mit aller Redlichkeit kann der Erbe das Beſtehen eines Pfandes durch Wort und That leugnen, er, der damit, daß er geerbt hat, nicht Alles weiß, was ſein Erblaſſer gethan hat; Niemand aber begeht unwiſſend einen dolus. Wenn aber der Gläubiger den Erben wegen des Pfandes irgendwie angegangen hätte (si convenisset de pignore), ſo daß letzterer nur lügen könnte, von einer Verpfändung nicht zu wiſſen, ſo wäre es improbe, dolose, wenn er die vom Erblaſſer zugeſagte Pfandklage nicht gewähren und gelten laſſen wollte*). So, wenn die Frage iſt, ob ihm directo iure oder utiliter das Klagerecht zuſtehe, actio competat. — Nicht unrichtig würde aber einer ſagen, daß der Gläubiger ſofort nach der Beerbung

*) L. 41 pr. D. h. t. (13, 7). „Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori: neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundum esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex mendacio suo arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.“

erfolgreich wirklich klagen könne, ein erfolgreiches Klag=Verfahren gegen den heres ihm werde geſtattet werden *) (utilis actio dabitur), obgleich ihm vorher das Klagrecht nicht einmal utiliter zuſtand. — Denn noch im Augenblick der Klaganſtellung erwirbt er durch die ſofortige Anführung der vom Erblaſſer geſchehenen Verpfändung die effective Zuſtändigkeit, erfüllt die Bedingung der Anſtellbarkeit noch vor der vollendeten Anſtellung. Oder behauptete er zu vorſichtig zu Eingang des Proceſſes nur allgemein eine hier nicht genügende Verpfändung, ſo war der Römiſche Proceß zu nachſichtig, ihm die Nachholung des Speciellen, was hier dienlich war, daß grade der Erblaſſer verpfändete, zu verſagen. — In beiden Fällen sub 4 u. 5 alſo ſoll dem vermeintlichen Pfandgläubiger in gutem Glauben die an ſich nichtige Pfandbeſtellung doch inſofern nützen, daß wenigſtens der Beſteller ſelbſt und deſſen Succeſſoren ſich nicht dolose auf jene Nichtigkeit berufen dürfen. Wußte alſo der Pfandgläubiger ſelbſt bei der Beſtellung, daß der Beſteller nicht dominus ſei, ſo bleibt die Beſtellung ihm rechtlich, d. h. zur Klage, unnütz; denn ſein dolus darf ihm nicht nützen; aber naturaliter, d. h. zum Schutze im Beſitze wirkſam**) gegen den Beſteller; denn nur dolose könnte dieſer ihm den Beſitz entwinden wollen.

---

*) L. 22 D. de p. et hyp. (20, 1). „Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori."

**) L. 1 pr. D. de p. et hyp. (20, 1). „Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur: sed facilior erit possidenti retentio."

§ 6.
C. Successio hypothecaria.

Da das Pfandrecht nur als ein accessorium an einer beſtimmten Forderung, die Forderung aber an der Perſon des Gläubigers haftet, ſo ſcheint es unmöglich, daß ein beſtehendes Pfandrecht auf eine Perſon übergehen könne, für die es nicht entſtanden iſt.

Seitdem aber im Pfandrecht, welches durchaus im Dienſte des Verkehrs iſt, einmal das Grundprinzip des alten verkehrsloſen Rechts „Freiheit des Vermögens von aller Haft und Laſt" prinzipmäßig übertreten iſt, ſo iſt man des Nutzens gewiſſer ſonderbarer Verhältniſſe wegen noch viel weiter gegangen in der Uebertretung der Regeln, welche das Intereſſe der gewöhnlichen Verhältniſſe ſanctionirt hat. So wurde man auch zu einer successio in hypothecam getrieben, welche übrigens des Singulären zum Theil noch auſſerdem bietet.

Eine successio hypothecaria findet Statt in drei Fällen.

1) Beim jus offerendi. Jeder nachſtehende Pfandgläubiger kann dem vorſtehenden Pfandgläubiger deſſelben Schuldners an derſelben Sache, deſſen Forderung, vorausgeſetzt, daß ſie kündbar war, auszahlen, und tritt dafür mit ſeiner ſo entſtehenden Forderung in deſſen Pfandrecht ein *).

2) Will ein Dritter einen Pfandgläubiger Namens des Schuldners auszahlen, ſo kann er mit Bewilligung des Pfandſchuldners mit ſeiner dadurch gegen dieſen entſtehenden Forderung in des abtretenden Pfandgläubigers Pfandrecht eintreten, welches alſo auch für ihn ſein Alter und alle ſonſtigen Eigenſchaften behält **).

---

*) L. 4 C. de his qui in prior. cred. loc. succ. (8, 19). „Si prior respublica contraxit, fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerenti pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus reipublicae."

**) L. 1 C. h. t. (8,19). „Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur: cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur, et in locum ejus succedat."

3) Wenn Jemand vom Pfandſchuldner die an Mehrere verpfändete Sache kauft, und das Kaufpretium an die Pfandgläubiger ausgezahlt wird, ſo ſuccedirt der Käufer in des erſten Gläubigers Pfandrecht *). Der Fall hat auſſer der successio noch das Sonderbare, daß er nun ein Pfand an ſeiner eignen Sache hat, und ein Pfand, ohne eine Forderung zu haben. Der Nutzen dieſer Sonderbarkeit iſt, damit der Käufer ſich gegen die nachſtehenden Gläubiger ſchützen könne, deren Pfand durch den Verkauf abſeiten des Schuldners nicht aufhört. Die Rechtfertigung derſelben iſt, daß die nachſtehenden Gläubiger nicht ſchlechter geſtellt werden; denn hätte der erſte Pfandgläubiger verkauft, ſo wäre ihr Pfand null geworden. Der Verkauf des Schuldners iſt ihnen ebenſo vortheilhaft (denn das ganze Kaufpretium muß der Rangfolge nach an die Gläubiger ausgezahlt ſein) **), und ihr Recht wird hier nur inutile; aber ganz inutile, denn auch das jus offerendi können ſie gegen den Käufer nicht ausüben, denn dieſer hat keine Forderung, die ſie ihm auszahlen könnten ***) und beeinträchtigt nicht den Nutzen ihres

---

*) L. 3 C. h. t. (8, 19). „Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores, in jus eorum successisti: et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.“

**) L. 17 D. qui potiores in pignore (20, 4). „Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.“ L. 3 D de dist. pignor. (20, 5).

***) L. 3 D. cit. (20, 5). „Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit. Si tamen debitor non interveniente creditore, pignus vendiderit, ejusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usurae medii temporis; nihil enim interest, debitor pignus datum vendiderit, an denuo pignori obliget.“

Rechts, welchen ſie, ſo weit er überhaupt exiſtirte, ganz genoſſen haben *).

D. Vernichtung des Pfandrechts.

§ 7.

A. Durch Ausübung deſſelben, und durch Tilgung der Forderung, für welche es haftet.

Da das Pfandrecht als Mittel für die Sicherung einer obligatio dient, deren Zweck Löſung und dadurch Vernichtung iſt, ſo hat es einmal dadurch eine gleichfalls weſentliche Vergänglichkeit. Denn ſobald durch Zahlung oder etwas Anderes dieſer an Wirkung Gleiches, die Obligation, für welche das Pfand haftet, vernichtet iſt, ſo muß das Pfand als bloßes Mittel mit ſeinem auſſer ihm liegenden Zweck aufhören **). Aber auch an ſich ſelbſt iſt das Pfand gleich einer Obligation weſentlich vergänglich; denn auch wenn bei nicht erfolgender Zahlung der Creditor durch Veräußerung ſein Pfandrecht ausübt, wird daſſelbe durch dieſe Ausübung vernichtet, weil das juriſtiſche Object des Rechts, die Veräußerungsbefugniß einmal gebraucht, zugleich verbraucht, d. i. vernichtet iſt.

§ 8.

1. Vom Verhältniß mehrerer Pfandgläubiger untereinander.

Damit jedoch ein Pfandgläubiger die für die Ausübung ſeines Rechtes ihm zuſtändigen Rechtsmittel unbedingt wirkſam gebrauchen und die Veräußerung gültig vornehmen könne, genügt es nicht, überhaupt Pfandgläubiger zu ſein,

---

*) L. 2. L. 3 § 1. L. 5 § 1. L. 6 D. de distr. pign. (20, 5). L. 1 C. si antiq. cred. pign. vend. (8, 20).

**) L. 6 pr. D. quib. mod. pignus (20, 6). „Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus: vel si qua ratione obligatio ejus finita est.“ L. 13 eod. (20, 6).

ſondern iſt im Verhältniß zu andern Pfandgläubigern erforderlich, daß er der beſte Pfandgläubiger ſey.

In Betreff des Vorranges unter mehreren Pfandgläubigern aber gilt die aus der Natur des dinglichen Rechtes fließende Regel, daß der ältere der beſſere iſt *) (prior tempore potior jure); denn der zweite kann den Nutzen der Veräußerung nur insoweit bekommen, als der erſte denſelben nicht ſchon hat. Gleichzeitig entſtandene Pfandrechte dagegen concurriren pro rata der Forderungen, für welche ſie haften **).

§ 9.

2) Vom pignus publicum.

Weil es bei der ganz formloſen privaten Beſtellung eines Pfandes zu häufig geſchah, daß hinterher, wo es zur Verhandlung kam, die Beſtellung überhaupt, oder der Zeitpunkt derſelben unerweislich wurde, ſo erklärte Kaiſer Leo, davon ausgehend, daß jedes privatim beſtellte Pfand ſeiner Exiſtenz und alſo auch ſeinem Anfang nach im Allgemeinen zweifelhaft ſey, in einer beſondern Conſtitution, daß wenn auch einmal eine private Beſtellung ſich vollſtändig erweiſen laſſe, ſolches Pfandrecht doch einem ſelbſt jüngeren aber öffentlich, alſo unbedingt zuverläſſig beſtellten Pfande nachſtehen ſolle; denn im Verhältniß zu der Gewißheit, welche die öffentliche Beſtellung liefere, bleibe jene Gewißheit des privatim beſtellten doch nur Ungewißheit. Eine öffentliche Pfandbeſtellung, pignus publicum, aber iſt die durch ein gerichtliches

*) L. 11 pr. D. qui potior. in pignore (20, 4). „Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata: licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.“

**) L. 16 § 8 D. de pignor. et hypoth. (20, 1). „Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum.“ L. 8 C. qui potior. in pignore (8, 18).

Document, oder eine ſo gut als öffentliche (pignus quasi publicum) die in einer durch wenigſtens dreier unbeſcholtenen männlichen Zeugen Unterſchrift bekräftigten Urkunde beſchaffte *).

§ 10.

b) Privilegirte Pfandrechte.

Vor allen andern aber iſt derjenige Pfandgläubiger zu hören, der das Privilegium genießt, daß ſein Pfandrecht gar nicht nach der Natur des Pfandrechts (causa pignoris), d. i. in Rückſicht des Ranges nicht nach dem Alter claſſificirt wird, ſondern wegen der Qualification der Forderung, für welche es haftet, ſei es insbeſondre wegen des Grundes, Inhalts oder Gläubigers derſelben, durch ſein bloßes Daſein vor anderen den Vorzug behaupten ſoll. So iſt z. B. das geſetzliche Pfandrecht des Fiscus wegen der Steuern und Abgaben in Rückſicht des Ranges **), ſein

*) L. 11 C. qui pot. in pign. (8, 18). „Scripturas, quae saepe adsolent a quibusdam secreto fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus, conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur."

**) L. 1 C. si propter publicas (4, 46). „Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore ejus jura hypothecae sive pignoris praetendente. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt."

Pfandrecht gegen den Contractſchuldner in Rückſicht der Extenſion gegen die causa pignoris privilegirt*). Auch das geſetzliche Pfandrecht der Ehefrau in Rückſicht der Dotalforderung, iſt, inſofern ſie ſelbſt die Forderung erhebt, und in einem Fall auch für ihre Kinder, in Rückſicht des Ranges dem Fiscus zunächſt privilegirt**).

2. Rechtsmittel des Pfandgläubigers.

§ 11.

a) Interdictum Salvianum.

Dieſes interdictum adipiscendae possessionis, welches urſprünglich dem Verpächter gegen den Pächter auf Auslieferung der ausdrücklich verpfändeten illata und inducta zuſtand, ſteht im neuern Recht jedem Conventionalpfandgläubiger gegen den Verpfänder***), ſtets aber nur wegen eines Conventionalpfandes, niemals wegen eines pignus tacitum zu. Der Kläger hat hier nur die Verpfändung, nicht das Recht des Schuldners zum Verpfänden zu beweiſen. Utiliter geht das Interdict auch gegen den dritten Beſitzer.

---

*) L. 28 D. de jure fisci (49, 14). „Si, qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit; sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et est constitutum: praevenit enim causam pignoris fiscus.“

**) L. 12 C. qui potiores (8, 18).

***) L. 1 C. de precario et Salvian. interd. (8, 9). „Si, te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit: integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto Salviano, id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, sed Serviana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur, utilis adversus emptorem exercenda est.“

L. 1 pr. D. de Salv. Interd. (43, 33). „Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit, quod apud emptorem ex ea natum est, ejus adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.“

§ 12.

b) Actio Serviana utilis s. hypothecaria, pigneratitia.

Dieſes dingliche Klagrecht hat der hypothecariſche und nach neuerm Recht auch der Fauſtpfandgläubiger gegen jeden wirklichen und zu fingirenden Beſitzer auf Auslieferung des Pfandes oder Intereſſeleiſtung wegen verſchuldeter Nichtauslieferung *). Um die Zuſtändigkeit dieſer Forderung zu begründen, muß der Kläger ſtets das Daſein ſeines Pfandrechts, wo der Beklagte ſelbſt aber Pfandgläubiger iſt, ſogar die beſſere Qualität ſeines Pfandrechts beweiſen **). Damit der Gläubiger mit der unter dieſen Vorausſetzungen zuſtändigen Klage wirklich durchdringe, iſt beſonders erforderlich, daß der eingeſchlagene Rechtsweg der dinglichen Pfandklage auf dieſes Pfand auch an der Reihe war; widrigenfalls wird ihm durch Verweiſung an eine Perſon oder an eine andere Sache (durch die exceptio ordinis s. excussionis) der Erfolg ſeiner Klage vorläufig vereitelt. Denn der ſubſidiariſchen Natur des Pfand-

---

*) L. 16 § 3 D. de pignor. (20, 1). „In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. Nam si non possideat, nec dolo fecerit, quominus possideat, absolvi debet. Si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat, aeque absolvendus est. Si vero neutrum horum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest et longe est, vel in provinciis, solet cautionibus res explicari: nam si caveret, se restiturum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desiit possidere, summa autem ope nisus non possit rem ipsam restituere, tanti condemnabitur, quanti actor in litem juraverit, sicut in ceteris in rem actionibus.“

**) L. 12 pr. D. qui potior. (20, 4). „Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est: „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata,“ sive, alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria, et ille excipiat: „si non convenit, ut sibi res sit obligata,“ hic in modum supra relatum replicabit; sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget, et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo auferat ei rem.“

rechts gemäß kann jeder dritte Pfandbeſitzer den hypothecariſchen Kläger an die Perſon des Hauptſchuldners oder etwaniger Bürgen verweiſen *). Erſt wenn gegen dieſe Perſonen erfolglos geklagt worden, iſt die dingliche Klage wirkſam zuſtändig; denn die Sache ſoll haften für Inſolvenz der Perſon, alſo muß das Daſein dieſer erſt erprobt werden. Aber auch der Pfandgläubiger, welcher ein Stück von einer fremden Generalhypothek beſitzt, kann den aus ſeiner Generalhypothek auf dieſes klagenden anderen Pfandgläubiger zuerſt auf die Realiſirung einer dieſem außerdem zuſtändigen Specialhypothek verweiſen; denn man ſoll ſelbſt durch die Ausübung eines Rechtes Dritte nicht benachtheiligen, wenn der eigne Vortheil es nicht erheiſcht **).

Endlich kann jeder Beklagte durch Auszahlung der Schuld, für welche das Pfand haftet, die Pfandklage von ſich abwenden ***).

Der Fauſtpfandgläubiger, der eigentliche creditor pignoratitius, hat außer den genannten Rechtsmitteln als wirklicher Beſitzer noch die poſſeſſoriſchen Interdicte †).

---

*) Nov. 4 c. 2. „Sed neque ad res debitorum, quae ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, et fidejussores et sponsores."

**) L. 2 C. de pignor. (8, 14). „Quamvis constet, specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accipisse, et aequale jus in omnibus habere: jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum: ea, quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeses provinciae jubebit."

***) L. 12 § 1 D. quib. mod. pig. (20, 6). „Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solere, si qualiscunque possessor offerre vellet: neque enim debet quaeri de jure possessoris, cum jus petitoris removeatur soluto pignore."

†) L. 6 § 4 D. de precario (43, 26).

§ 13.

3. Verkauf des Pfandes.

Wenn der Gläubiger nun als beſter Pfandgläubiger gegen die Mitgläubiger den Anſpruch zum gültigen Verkaufe hat, ſo iſt doch zur gültigen Vornahme deſſelben im Verhältniß zum Schuldner beſonders erforderlich, 1) daß die Schuld fällig war; 2) daß der Schuldner gemahnt worden, und 3) daß nach der Mahnung die gehörige Zeit verſtrichen.*) Den ihm unter dieſen doppelten Vorausſetzungen vollkommen zuſtändigen Verkauf hat er dann im Intereſſe des Eigenthümers und der nachſtehenden Pfandgläubiger möglichſt nützlich auszuführen,**) und zwar weil er in ſeiner eignen auch die Angelegenheit dieſer betreibt; denn ihnen hat er den nach Abzug ſeiner Forderung bleibenden Ueberſchuß des Kaufpretiums, welches er auf ſeine eigene Gefahr creditirt, ſobald er es erhoben, zu erſtatten.***)

---

*) L. 4 D. de pigner. act. (13, 7). „Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat, et cessaverit.“

L. 3 § 1 C. de jure dom. impet. (8, 34). „Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore, sive in aliis conventionibus ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori ex denunciatione vel ex sententia judiciali, post biennium, ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est, numerandum, eam vendere.“

**) L. 4. 9. C. de distr. pig. (8, 28).

***) L. 24 § 2 D. de pigner. act. (13, 7). „Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quam debitum erat, nondum autem pretium ab emtore exegerit, an pigneratitio judicio conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel exspectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones ad-

Der Verkauf überträgt auf den Käufer das Eigenthum*) oder das Recht, welches der Verpfänder hatte, nicht als ob der Gläubiger im bloßen Auftrag als Stellvertreter deſſelben handelte, ſondern weil er von ihm das eigenthümliche Recht der Veräußerung, alſo ſo wie dieſelbe dem Verpfänder zuſtand, erworben hat. Daher kann er die Sache gültig auch dann noch verkaufen, wenn der Verpfänder zur Zeit der Veräußerung auch nicht mehr dominus iſt, was er als bloßer Stellvertreter nicht könnte, denn Niemand kann durch einen Stellvertreter vergeben, was er ſelbſt nicht hat, und kann auch, während der Verpfänder noch dominus iſt, nicht wie ein Stellvertreter es allerdings könnte, durch ihn am Verkaufe verhindert werden; und iſt endlich niemals, wie ein Stellvertreter es wäre, zur Vornahme des Kaufes verpflichtet. Allerdings aber macht er ſich durch die wirkliche Vornahme des ihm aus eigenem Rechte zuſtändigen Verkaufes zum Geſchäftsführer des Verpfänders und der nachſtehenden Gläubiger und hat deshalb den Verkauf mit allem Fleiße vorzunehmen.

Durch den Verkauf abſeiten des dazu berechtigten Gläubigers hören alle Pfandrechte auf, denn ihr gemeinſchaftliches praktiſches Object iſt ſeiner Natur nach durch einmaligen Gebrauch vernichtet und die nachſtehenden Pfandgläubiger behalten nur das Recht auf den Ueberſchuß (hyperocha).**)

---

versus emtorem? Et arbitror, non esse urgendum ad solutionem creditorem: sed aut exspectare debere debitorem, aut si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emtorem, periculo tamen venditoris. Quodsi accepit jam pecuniam, superfluum reddit."

*) L. 18 C. de distr. pign. (8, 28). „Qui a creditore pignori obligatum praedium jure emit, de proprietate vinci non potest."

**) L. 12 § 5 qui potior. in pig. (20, 4). L. 3 pr. D. de distr. pig. (20, 5). „Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae, convenit."

§ 14.
B. Durch Verzicht.

Wie jedes reine Recht kann das Pfandrecht durch Verzicht aufhören, welcher nicht bloß ausdrücklich und ſtillſchweigend, ſondern auch nach gewiſſen geſetzlichen Präſumtionen eintritt. *)

§ 15.
C. Durch Erſitzung der Freiheit.

Es kann, wie die Freiheit von einer Servitut, ſo auch die Freiheit von einem Pfande erſeſſen werden. Jedoch iſt dieſe Erſitzung der Freiheit niemals in der Eigenthumserſitzung der Sache ſelbſt enthalten. Mag die Sache durch die alte civile usucapio, durch die prätoriſche praescriptio oder durch die neue civile juſtinianiſche Erſitzung erſeſſen werden, ſo geht dieſelbe mit den an ihr haftenden Pfandrechten, wie mit ihren Servituten auf den Erwerber über. **) Wer jedoch, indem er die Sache vom Eigenthümer, alſo zu Eigenthum, oder vom Nichteigenthümer bona fide und justo titulo, alſo mit conditio usucapiendi erwarb, bei dem Erwerbe rückſichtlich des Pfandrechts in gutem Glauben, d. h. ohne ſeine Schuld unwiſſend über das Daſein deſſelben war, ***) der wird in jenem Fall, da er

---

*) L. 7 pr. D. L. 12 p. quib. mod. pig. (20, 6). „Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum ejus successisse; et ideo medii creditoris meliorem causam effectam.“

**) L. 44 § 5 D. de usurpat. (41, 3). „Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit: ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.“

***) L. 8 pr. C. de praescr. 30 vel 40 (7, 39).

das Eigenthum ſogleich erwarb, nur die Freiheit vom Pfande, im letzten Fall aber die Freiheit vom Pfande neben dem Eigenthum der Sache erſitzen,*) da und inſofern er den Bedingungen beider Erſitzungen genügt.

Zweites Buch.

Mittelbare, perſönliche Vermögensrechte, Obligationes.

Erſtes Capitel.

Begriff der obligatio.

§ 1.

I. Begriff des neuen perſönlichen Rechts, obligatio, und Urſprung deſſelben aus dem nexum.

Das reine Weſen des perſönlichen Rechts iſt, daß es ein mittelbares Haben iſt, indem die Pflicht der Perſon des Schuldners das Mittel iſt, durch welches dem Berechtigten eine Sache ſicher wird.**) Das älteſte Recht verſtand dieſes beſchränkt und concret dahin: „nur die Perſon aber die ganze ungetheilte Perſon iſt das Mittel, das Einzige, was gehalten wird.“ Alſo konnte niemals das Vermögen der Perſon angegriffen werden, weil es nicht geſchuldet worden war; und konnte die Perſon niemals ein dieſes ihr ſelbſt Eignes ſchulden (denn Eignes war abſolut Freies, nicht Geſchuldetes), ſondern nur irgend ein Solches, oder Sachen, die nichts Eigenthümliches an ſich

*) L. 7. 14. C. de O. et A. (4, 10). L. 1. 2. C. si advers. creditor. praescriptio (7, 36).

**) L. 3 pr. D. de obl. et act. (44, 7). „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.“

haben, und daher nicht eigentlich gehabt, nicht als Eigen gehabt werden, ſondern nur in usu ſind, gebraucht und verbraucht werden.

Das neue Recht nach den XII Tafeln verſtand jenes Weſen des perſönlichen Rechts freier und discreter: „die Perſon, und zwar der Wille der Perſon iſt nur das Mittel.“ Dieſer Anſchauung entſpringend und dieſelbe befördernd beſtimmte die lex Poetelia Papiria von 427, daß während die Behauptung des Rechts, oder die Klage auf Verurtheilung allerdings lediglich gegen die ſchuldige Perſon gehe, doch die materielle Geltendmachung oder das Verfahren aus der Verurtheilung das Vermögen dieſer Perſon zum Gegenſtande habe, als welches zwar nicht unmittelbar, aber mittelbar allerdings erzielt ſei, oder vielmehr das Erzielte enthalte. In der That nicht an ein einzelnes beſtimmtes Eigenthum des Schuldners, ſondern an ſein ganzes reelles Vermögen, d. i. Können und Müſſen überhaupt geht es, alſo doch immer an die Perſönlichkeit, aber nicht an die totale promiscue, und noch weniger an die reine innere, die Freiheit, ſondern an die angewandte äußerliche, vermögensrechtliche, welche allein und rein dem vermögensrechtlichen Anſpruch, aber auch ganz und ungetheilt haftet. Die lex ſagte, daß wegen pecunia credita nicht das corpus, ſondern die bona debitoris obnoxia ſein, d. h. haften ſollten.*) Mag die mens legis ſelbſt nicht ſo weit gegangen ſein, ſo wurde doch bald ex ratione ihre Verfügung von allen außerdelictiſchen, zuletzt von allen perſönlichen Forderungen verſtanden, als nämlich der Begriff des credere ſich bis zu dieſer äußerſten Gränze erweiterte.**) Mit Recht aber wird die

*) Liv. VIII, 28. „jussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus, obnoxium esset.“

**) L. 1 D. de reb. cred. (12, 1). „Credendi generalis appellatio est; ideo sub hoc titulo Praetor, et de commodato et de pignore edixit: nam cuicunque rei adsentiamur

Pönalforderung an der Perſon exequirt, denn die eigentliche Perſon beging das Delict, und die Perſon ſelbſt ſoll durch die Strafe büßen. Kann ſie nicht an ihrem Vermögen gebüßt werden, ſo büßt ſie mit ihrem Leibe.

Aber auch der Begriff der pecunia erweiterte ſich gleichmäßig. Wenn das alte nexum nur eine Verpflichtung zum Geben von ſolchen Sachen, an denen keine manus war, anerkannte, ſo führte die Sitte des neuern Rechts es ein, daß wie ſich ein dingliches unmittelbares Recht, dominium ex iure Quiritium an den Sachen, welche ehemals nur nectirbar ſchienen, geltend machte, ſo auch ein perſönliches mittelbares Recht, credere, über die Sachen, die ſonſt nur freies Eigen ſein konnten, überhaupt über alles Vermögen ſein könne. Denn alles Vermögen, die Sache, wird in ihrem wahren und vollſtändigen Weſen als das willkührlich Benutzbare verſtanden, enthält alſo nicht mehr an ſich ſelbſt, ſondern erhält durch den Willen der Perſon nach den relativen Bedingungen des Intereſſes dieſer ihre wechſelnde juriſtiſche Beſchaffenheit. Alle Sachen ſind Geld, pecunia, alſo erſetzbar, alſo credirbar, und zahlbar.

Wenn das alte Recht nur eine Verbindlichkeit zum Geben (dare) kannte und es als illiberal verwarf, daß die Perſon durch Rechtspflicht zur Arbeit für einen Andern aus ſich eine Sache mache, ſo machte die zunehmende Noth, welche alte Vorurtheile aufzugeben nöthigt, und die zunehmende Einſicht, welche es erleichtert, die zunehmende Rechtsſicherheit, welche den Mißbrauch verhütet, es zu gutem Rechte, daß auch eine Arbeit der Perſon (facere) Gegenſtand rechtlicher Verbindlichkeit werden könne. Denn auch die Arbeitsfähigkeit iſt Geld, ſofern ſie Geltung hat. Wenn es ſogar häufiger wurde, daß durch jura in re aliena dauernde unmittelbare Berechtigung auf fremde Sachen geſtattet wurde, ſo konnte um ſo leichter die Perſon ſich verpflichten, ihre Sache zu beſtimmtem Zwecke einer andern Perſon zu gewähren (praestare)

---

alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur."

durch Verleihen und Vermiethen und Verpfänden. Denn als pecunia kann die Sache in ihre einzelnen Nutzbarkeiten zerſtückelt und veräußert werden. War das neue persönliche Recht dem Inhalt nach ein anderes, ſo war auch der Name ein anderer; aber war es auch ein anderes, ſo war es doch nur das erweiterte und gereinigte alte, und ſo auch der Name dem alten gleichartig: obligatio, Verbindung, Verbindlichkeit, wie nexum, Gebunden.

Wie das dingliche Recht nicht mehr Eigenes, Beherrſchen, meum, ſondern Eigenthum, Herrſchaft, dominium iſt, ſo iſt auch das perſönliche Recht nicht mehr Gebundenes, ſondern Verbindlichkeit. Das Recht überhaupt iſt nicht mehr als Accidens mit der Sache concret, ſondern abſtract Selbſtſtändiges, freie rechte Möglichkeit, welche, weil und wie ſie von der natürlichen Wirklichkeit ausgeht, in der Erhebung über dieſe die natürliche Erwirkbarkeit nur noch als weſentliches Moment behält.

Der vollſtändige und reine Begriff der ausgebildeten obligatio iſt, daß eine beſtimmte Perſon einer beſtimmten Perſon zu einem beſtimmten Handeln aus einem beſtimmten Grunde gehalten iſt. Dieſe vier Beſtandtheile: creditor, debitor, id quod debetur, causa, welche eine individuelle Totalität bilden, ſind im Einzelnen zu betrachten.

§ 2.

A. Gegenſtand der obligatio.

Der Gegenſtand zerfällt bei dem mittelbaren Rechte in Mittel und Zweck. Das Mittel oder das juriſtiſche Object iſt das beſtimmte Sollen, debere, durch welches das practiſche Object als Zweck hervorgebracht wird. Das debere kann ſein dare, facere, praestare. Dare heißt zu Eigen machen. Praestare iſt ſchaffen, verſchaffen, herbeiſchaffen, entweder einer Sache zum Gebrauche oder des Erſatzes für verſäumte Pflicht. Facere iſt entweder allgemein jedes debere oder beſonders dasjenige, welches nicht dare oder noch beſonderer dasjenige, was weder

dare noch praestare iſt. Das practiſche Object, der Gegenſtand des dare, facere, praestare kann Alles ſein, was phyſiſch oder moraliſch möglich iſt, wenn es nur ein Vermögenswerth, d. i. ein vermittelbarer oder an ſich darſtellbarer, d. i. ein Geldwerth iſt.

Geldwerth. Das Geld iſt im Bereiche des Vermögens das Allgemeine, Wahre, Währte. Es iſt dieſes Werthe aber nicht bloß an ſich, ſondern auch anerkannt als ſolches. In dieſer Bezogenheit und Anerkennung von der Perſon iſt es das Geltende, Gelt, wegen ſeines an ſich Seins das mit Recht Geltende.

Der Werth, das Geld iſt nicht von Anfang an in ſeiner discreten Reinheit und Vollſtändigkeit als beſonderes Weſen da, ſondern zuerſt nur als concrete Eigenſchaft werthhaltiger Sachen vorhanden. Es giebt nur Sachen, an denen unmittelbar zwar ein Werth iſt, aber ein beſtimmter, alſo beſchränkter für gewiſſe Zwecke, alſo Unwerth in Beziehung auf andere Zwecke, alſo nicht lauterer, baarer Werth. Unter dieſen nützenden und ſich währenden Sachen ermitteln ſich bald einige von allgemeinerem Werthe als andere, Sachen, die Jeder zu jeder Zeit gebraucht, und ſind deshalb auch geltender als andere und im Verhältniß zu dieſen als Geld gebraucht; ſo die pecunia des älteſten Rechts, Getraide, Schlachtvieh ꝛc.

Das Geld aber als der Werth iſt nur Werth, reiner Werth, reines Geld, und in dieſer Reinheit, wie alles Reine, erſt Reſultat der Abſtraction, d. i. erprobender, ſichtender Erfahrung und zwar hier einer commerciellen Abſtraction.*)

*) L. 1 pr. D. de contrahend. emptione (18, 1). „Origo emendi vendendique a permutationibus coepit: olim enim non ita erat nummus: neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum, utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit: sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac

Wegen dieſer Geſchichtlichkeit, in welcher ſich das Geld herausgeſichtet hat, iſt es nichts Zufälliges und Willkührliches, ſondern als ein allgemeines und originäres Urtheil aller civiliſirten Völker, ein ſchlechthin wahres, durch welches das edle Metall Geld oder das Geltendſte geworden iſt. Es iſt in der That und Wahrheit das Währendſte, und das iſt das Wertheſte unter den Vermögensgegenſtänden. Denn das Weſentliche und Wahre am Vermögen als dem Mittel für die Perſon, d. i. für den Inbegriff freier unendlicher Zwecke beſteht in der Dauerhaftigkeit, Mannigfaltigkeit und Allgemeinheit der Brauchbarkeit des Gegenſtandes für die Maſſe der Zwecke.

Das reine edle Metall Gold, Silber und in den meiſten Beziehungen ihnen ähnliche Kupfer, nutzbar für die große Menge oeconomiſcher, induſtrieller und artiſtiſcher Zwecke iſt ohne Vergang und Aenderung an und durch ſich ſelbſt, durch die Kunſt aber unendlich veränderlich und bildſam, es läßt ſich ſchmieden, gießen, löthen, ziehen, treiben, härten, weichen, componiren, decomponiren, desoxydiren, unendlich theilen und zuſammenſetzen ꝛc., iſt alſo im Bereiche der nutzbaren Stoffe diejenige Integrität und Allmächtigkeit, die Alles ſein und werden kann, die durch kein beſtimmtes Sein aufhört alles Andere ſein zu können, wogegen alle anderen Stoffe entweder mehr oder minder ſchwer zu bearbeiten oder in ſich vergänglich oder einmal gebraucht verbraucht ſind. Die Wahrhaftigkeit iſt alſo die weſentlichſte Seite des edlen Metalls. Und wegen dieſer ſeiner Dauerhaftigkeit in Verbindung mit der Unverkennbarkeit und Bequemlichkeit iſt daſſelbe auch zur Münze, d. i. willkührlich beſtimmte und nach ihrem Gehalte geſtempelte reelle und nicht bloß repräſentirende Quantität reinen Werthes, das zweckmäßigſte und wahrſte. Auch

---

perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate: nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur."

die Bequemlichkeit, hervorgehend aus ſeiner geringen Quantität, in der es exiſtirt, iſt weſentlich; wäre das Silber in gleicher Maſſe, wie das Eiſen vorhanden, ſo würde es als Geld um ſo viel unbequemer ſein; wie man denn bei großen Zahlungen und weiten Transporten derſelben doch ſo noch vom Silber zum wenigeren aber allerdings auch an ſich werthvolleren Golde oder gar zur Vermittlung durch Bank- und Wechſelweſen ſeine Zuflucht nehmen muß.

Imaginäres und Unwahres iſt alſo nicht an dem Gelde. Wird unrechtes Metall dazu geſetzt, ſo wird im Gerichte des Verkehrs doch nach dem wahren Werthe gerichtet.

Das zu Münze verſchlagene Metall iſt als bloßes baares und darum allgemeines Mittel unmittelbar vollkommen nutzlos, iſt als reines Vermögen unmittelbar gar nichts Beſtimmtes vermögend, ſondern nur geltend, aber doch mit Recht geltend, weil die Münze mittelbar Alles vermag; und das, weil das darin enthaltene Metall unmittelbar das Meiſte vermag; oder mit andern Worten, das Geld iſt nicht zum Wahren und Haben zu gebrauchen, ſondern zum Ausgeben, zum Peculiren, um die brauchbare Waare zu erwerben. Für den Kaufmann aber iſt die Waare Mittel, um das reine Wahre des Vermögens, das Geld, zu erwerben; er iſt der ſich auf das Allgemeine richtende, iſt gleichſam der Philoſoph der commerciellen Welt, die Wahrheit, welche allein das reine, unbedingte Wahre oder die abſolute Bedingung enthält, erſtrebt er, die wahren Dinge oder das bedingte Wahre läßt er den Andern.

Geldwerth, d. i. geltender Werth und juriſtiſcher, rechter Vermögenswerth ſind Eins und Daſſelbe. Ein Werth, der allgemein gilt, iſt wahr und recht. Ein Werth, der kein Geldwerth, d. h. kein geltender, kein anerkannter iſt, iſt auch kein anzuerkennender, kein zu erkennnender und deshalb kein vermittelbarer, in dem abſoluten Mittel, Geld, darſtellbarer, kein objectiver, rechter, wahrer, ſondern ein im Sinne des Rechts lediglich unmittelbarer, ſubjectiver, alſo imaginärer, der Affectionswerth, welcher von dem Rechte, welches innere Objectivität und äußere

Objectivirung durch Urtheil und Execution fordert, nicht berückſichtigt werden kann.

Beſtimmter Werth. Unbeſtimmtheit des Inhalts der Verbindlichkeit würde eine beſtimmte Verurtheilung, und das iſt jede Verurtheilung, unmöglich machen, und ein unbeſtimmtes Sollen würde den Schuldner unter fremde Willkühr ſtellen, alſo ſeine Freiheit unſicher machen. Die Aelteſten ließen auch mit Rückſicht auf dieſe zwiefache Gefahr ſchwer und nur ſchrittweiſe eine obligatio zum facere beſtehen, da ein ſolches in der urſprünglichen Zurückgezogenheit des Individuums in ſich ſelbſt, noch keine Erfahrung und ſomit noch keine allgemeine und erprobte Beſtimmung ſeines Werthes hat. Als es aber und ſoweit es im Verlauf der Zeit einen Geldwerth bekam, konnte es Gegenſtand von Obligationen werden. Abſolute Beſtimmtheit iſt jedoch bei der Entſtehung der obligatio nicht nöthig und eigentlich nicht möglich, ſondern es genügt, daß der Gegenſtand vollſtändige Beſtimmbarkeit an ſich trage.

Auf die mehr oder minder genaue Beſtimmtheit des Inhalts gründet man die ſehr unbeſtimmte Eintheilung der Obligationen in beſtimmte und unbeſtimmte, welche nicht mit der römiſchen Eintheilung in obligatio s. condictio certi und condictio incerti zuſammenfällt. Eine Hauptart der unbeſtimmten, d. i. alſo der minder beſtimmten obligatio iſt die alternative obligatio, d. i. diejenige, wo Dieſes oder Jenes geſchuldet wird. Solcher Fall enthält in der That nicht zwei, ſondern nur eine obligatio; denn es iſt darin nur eine Zahlung nicht bloß, ſondern häufig auch nur eine Forderung, ſo daß die Zahlung oder Forderung des einen Gegenſtandes die des andern vernichtet.*). Welcher von beiden Gegenſtänden zu zahlen ſei, muß, wenn nicht das Gegentheil beſtimmt iſt, ſtets der Schuldner

*) L. 4 § 2 D. de lege commissor. (18, 3). „Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum scribit, statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere: nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.“

wählen dürfen;*) denn da Einer von Natur gar nichts ſchuldig iſt, ſo bleibt es für den, der ſchuldig iſt, natürlich, daß er ſo wenig wie möglich, d. i. hier das von beiden ihm Bequemſte ſchuldig ſei.

§ 3.

B. Subject der obligatio.

Creditor und Debitor der Leiſtung ſoll eine Perſon ſein; alſo kann naturaliter um eine Leiſtung nur eine Perſon auf jeder Seite ſein. Denn die Perſon iſt ein Individuum, untheilbar und nicht zuſammenſetzbar. Wo demnach mehrere Creditoren oder Debitoren ſind, da ſcheint es, ſeien auch mehrere Obligationen. Aber wo mehrere Obligationen ſein ſollen, da müßten auch mehrere Leiſtungen ſein. Wo nur eine Leiſtung iſt, kann auch nur eine Obligation wie ein Creditor und ein Debitor ſein. Dem gemäß iſt zu entſcheiden, daß:

1) Wo mehrere Creditoren oder Debitoren dergeſtalt um eine Leiſtung ſind, daß dieſelbe unter ihnen getheilt iſt;**) daß da mehrere Obligationen ſind, denn die wirklich geſchehene Theilung macht die vielleicht möglicherweiſe eine Leiſtung doch zu wirklich mehreren.

2) Wo mehrere Debitoren um eine ungetheilte Leiſtung dergeſtalt ſind, daß jeder nach und neben dem andern das Ganze zahlen ſoll, daß auch da wieder mehrere Obligationen ſind; denn in Wahrheit ſind ſie nicht um eine dieſe Leiſtung, ſondern um mehrere ſolche und gleiche.

---

*) L. 25 pr. D. de contrah. empt. (18, 1). „Si ita distrahatur: „illa aut illa res“, utram eliget venditor, haec erit empta.“

**) L. 11 § 2 D. (45, 2). „Et e contrario, cum ita cautum inveniretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus: spospondimus ego Antonius Achilleus et Cornelius Dius“: partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.“

3) Daß wenn mehrere Creditoren oder Debitoren dergeſtalt um eine ungetheilte Leiſtung ſind, daß zwar jeder einzelne Creditor das Ganze fordern kann, jeder einzelne Debitor das Ganze zahlen muß, jedoch ſo, daß eines Einzelnen Leiſtung, oder Eines Forderung Alles vernichtet und Alle befreit, daß hier nur eine*) obligatio iſt; alſo in der That und Wirkung nur ein Creditor und ein Debitor. In dem practiſchen Weſen der obligatio, d. i. in exactione und in actione iſt nicht dieſer und jener, ſondern dieſer oder jener, alſo nur Einer; wiewohl mero iure allerdings mehrere Creditoren oder Debitoren da ſind; denn singulis debetur und singuli tenentur aber in solidum, und deshalb iſt nur una actio et exactio. Es iſt eine unbeſtimmte, nämlich in Rückſicht der Perſonen alternative Obligation.

Solche Obligation Mehrerer in solidum (Correalobligation) entſteht mitunter von ſelbſt durch das Geſetz, z. B. bei Delicten; jedoch nur hinſichtlich der Forderung auf Schadensersatz.**) Und es iſt recht, daß hier jeder der Delinquenten zum ganzen Erſatz gehalten werde; denn es iſt wahr, daß durch die abſichtliche Gemeinſchaft mit den andern Delinquenten jeder Einzelne, wenn auch nur mittelbar, den ganzen Schaden gethan und gewollt hat. Es iſt recht, daß die Leiſtung des Einen Alle befreit; denn wenn der Schade einmal erſetzt iſt, iſt kein Schade mehr vorhanden. In Rückſicht der Strafklage hingegen haftet jeder für die

---

*) L. 2 D. de duob. reis. (45, 2). „Cum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt: ipso iure et singulis in solidum debetur, et singuli debent: ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio."

**) L. 1 C. de condict. furt. (4, 8). „Praeses provinciae sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero nummorum furtim subtractorum electionem esse: ac tum demum, si ab uno satisfactum fuerit, ceteros liberari, jure proferre sententiam curabit."

ganze Straffumme, ohne daß die Zahlung des Einen den Andern befreite.*) Er haftet mit Recht für die ganze Strafe, weil er das ganze Delict unmittelbar wollte, und mittelbar durch die Gehülfen das ganze that. Die Buße des Einen befreit mit Recht nicht den Andern; denn die Buße ſoll die eigentliche, ſchlechthin individuelle Perſon treffen; aber die Buße, welche die eine Perſon traf, traf eben nicht die andere. Auch durch Vertrag kann eine Correalobligation entſtehen, welches jedoch nicht leicht anders wo geſchehen wird, als da, wo die mehreren Creditoren oder Debitoren ſchon in irgend einer Gemeinſchaft**) ſtehen oder dieſelbe beabſichtigen, zufolge welcher der empfangende Creditor zur Abtragleiſtung an die Mitcreditoren verpflichtet, der zahlende Debitor zur Beitragforderung gegen ſeine Mitdebitoren berechtigt wird; denn an ſich und als bloß ſolche haben Correalgläubiger und Correalſchuldner nichts mit einander zu ſchaffen. Letzteres gilt alſo von denen, die ex delicto Correalſchuldner ſind. — Wie aber ſolche Obligationen gelöſt werden, wird an ſeinem Orte klar werden.

Creditor und Debitor ſoll eine Perſon ſein; Perſon aber iſt wie eine Perſon, ſo auch dieſe Perſon, alſo natürlich und mit Recht keine andere wegen der abſoluten Eigenthümlichkeit der Perſon. Das iſt wahr für die eigentliche Perſon in ihrer unveräußerlichen Innerlichkeit. Aber in der Sphäre ihrer weſentlichen Aeußerlichkeit, im Vermögen, iſt ſie vertragbar, vertauſchbar, theilbar und alſo vereinbar mit Andern. Die obligatio iſt aber ſo gut wie das Eigenthum Vermögen, und iſt ſo wenig als das Eigenthum es iſt, die Perſon ſelbſt, ſondern iſt Sache und als ſolche auch gleichgültig, d. h. hat auſſer ſich ihres

---

*) L. 60 D. de O. et A. (44, 7). „Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.“

**) L. 10 D. de duobus reis (45, 2). „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.“

Gleichen, iſt vertretbar, oder: die Perſon iſt in Rückſicht ihrer activen und paſſiven Obligationsfähigkeit und Obligirtheit veräußerlich, vertretbar. Und bevor es dahin gediehen, hat die Obligation nicht die ihr, als dem Organ des Verkehrs zukommende und von ihr zu präſtirende Verſatilität erreicht. Freilich mußten alle dieſe Vertretungen, Veräußerungen und Vereinigungen der Perſönlichkeit für Eingehung, Aufhebung von Verbindlichkeiten oder Succeſſion in beſtehende Verbindlichkeiten, wie ſie in den actiones adjectitiae qualitatis, in der Ceſſion, Novation, Univerſalſucceſſion, Correalobligation ꝛc. anerkannt ſind, dem älteren vom natürlichen Standpunkt ausgehenden, und denſelben mit großer Vorſicht, d. h. mit beſtändiger Rückſicht auf ſeine beſchränkte Gegenwart, Schritt vor Schritt verlaſſenden Rechte faſt insgeſammt als Sonderbarkeiten erſcheinen; ſie ſind aber nichts deſto weniger grade die eigentliche Natur und Weſen des ausgebildeten Rechts.

§ 4.

C. Grund der Obligation (causa obligationis) und Wirkung derſelben.

Das Eigenthum in ſeiner Abſolutheit ſcheidet die Menſchen zuerſt zu einzelnen durch ſich ſelbſtſtändigen Perſonen in Ich und Du mit Mein und Dein; als Eigenthümer haben und ſind die Menſchen frei durch ſich und für ſich ſelbſt. Aus der Natur dieſes Eigenthums, oder des Mein und Nichtmein aber folgt es, daß ſich verwickelt nnd verbindet: 1) derjenige, welcher von dem Seinigen dem Andern anträgt, wenn dieſer den Antrag annimmt, durch Vertrag, oder durch ſein wirkliches Wollen, daß er wirklich thun muß; 2) der, welcher dem Andern von deſſen Eigenthum abtrug, was dieſer nicht abgeben wollte, durch ſeine That, re, die er nicht wirklich wollen kann. Daß Obligationen aus Vertrag und aus Beeinträchtigung entſtehen, das iſt natürlich, und nur das iſt vom Standpunkt des reinen Privatrechts aus natürlich und richtig.

Das alte Recht forderte aber allenthalben eine civile Beſtimmung über das, was Recht ſei, und geſtattete dem gemäß nur aus den civiliter anerkannten Verträgen und Delicten Obligationen. Die obligatio mußte eine civilis causa haben. *)

Das alte Civilrecht gab nun überhaupt, wo es ein Verhältniß anerkannte, auch die vollkommenſte Rechtswirkung durch Klagſchutz. Bei der obligatio aber ſcheint der Schutz durch Klage zugleich der einzig mögliche; denn während beim Eigenthum, welches ein Haben enthält, ein natürlicher Schutz des Behaltens und der Vertheidigung möglich iſt, ſo ſcheint bei der obligatio, bei der es ſich immer handelt um ein erſt Haben Sollen deſſen, was man noch nicht hat, die Klage das einzig mögliche Schutzmittel; die Obligation ſcheint etwas ganz Außernatürliches, mere in jure consistere, mere civilis. Und dem alten Recht iſt auch wirklich obligatio gleich civilis obligatio, und obligatio iſt actio, creditor iſt actor, debitor iſt reus.

Das neuere Recht, welches mit tieferer und weiterer Einſicht in den Grund der Erſcheinung des Rechts eingeht, erkennt, daß Grund zur Obligation da ſein könne, ohne daß derſelbe in civiler Form erſcheine, daß obligatio ohne eine civilis causa ſein könne, und hat ſonach wirklich Obligation, die einen naturalen, d. i. unmittelbar an ſich ſelbſt ihren Grund haben, obligationes naturales. — Daſſelbe Recht erkennt, daß auch eine obligatio ohne civile Folge, ohne actio, von Wirkung ſein könne; denn im tieferen Sinne des Rechts iſt in der obligatio juriſtiſch nicht enthalten ein Haben Sollen und Forder'n deſſen, was man nicht hat, ſondern iſt das, was der Gläubiger fordert, doch ein suum, **) Seiniges, etwas, das er

*) L. 7 § 4 D. de pact. (2, 14). „Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.“

**) Gaj. II, 55. „et ut haberent creditores, a quo suum consequerentur.“

jure hat, das ihm nur factiſch fehlt. Es iſt juriſtiſch ein Behalten, welches ſich factiſch als Fordern, Erhalten, darſtellt; der civile Gläubiger hat Recht, actionem, aber hat nicht naturaliter, und deshalb kann er fordern, daß ihm gegeben werde. Die obligatio naturalis hat allein den naturalen Schutz des Behaltens, eines Forderns durch Behalten, ein Verhältniß, welches das alte Recht, das nur da eine Forderung wahrzunehmen vermochte, wo etwas von einer Hand zur andern gehen ſollte, nie eine Forderung, ſondern nur ein Nichtſchuldigſein genannt haben würde. Es iſt juriſtiſch dennoch ein Fordern, das ſich factiſch als Behalten darſtellt; der naturale Gläubiger hat nicht Recht, actionem, aber er hat, denn ihm kann nicht abgefordert werden, oder er fordert, daß er behalte; das fordert er von einer beſtimmten Perſon. Deshalb iſt er perſönlich, obligatoriſch berechtigter, Gläubiger, und nicht bloß dinglich berechtigter Nichtſchuldner.

Es ſind nun nicht etwa alle Obligationen, welche nicht ſchon vom alten Civilrecht ausgeprägt waren, nur naturale, ſondern auch das neuere Civilrecht, ſelbſt das jus honorarium hat neue Forderungen als klagbar anerkannt, alſo civile Forderungen hervorgebracht.

Wo im Beſondern eine naturalis obligatio Statt habe, das läßt ſich nach der Natur derſelben nicht allgemein beſtimmen, da es eben die obligatio iſt, welche in Ermanglung eines beſtimmten civilen Grundes da anerkannt werden muß, wo ſie in der Eigenthümlichkeit des Falls unmittelbar vorhanden iſt.*) Naturaliter ſchuldig iſt, wer zwar nicht in civiler objectiv anerkannter, aber in natürlicher von ihm ſubjectiv anerkannter Weiſe den Willen geäußert hat, etwas zu geben, was er civiliter nicht zu geben brauchte, oder nicht zu fordern, was er rechtlich fordern konnte.

Auch der Schutz läßt ſich nur negativ dahin beſtimmen, daß er kein Fordern durch Klage, ſondern ein Fordern durch Behalten ſei, und zwar auf dem Wege entweder der Reten=

---

*) L. 84 § 1 de R. I. (50, 17). „Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus."

tion,*) der Compenſation,**) oder einer andern Einrede gegen eine vom Schuldner erhobene die naturalis obligatio nicht achtende Forderung. Endlich kann indirect eine naturale Forderung vollwirkſam werden durch Beigabe acceſſoriſchen civilen Schutzes, durch Bürgſchaft, Pfandbeſtellung, constitutum debiti und durch Verwandlung in eine civile Forderung durch Novation. Die Bezeichnung naturalis obligatio enthält wie naturalis possessio immer nur eine negative Beſtimmung, Verbindlichkeit nicht im höchſten, aber in irgend einem Sinne; mitunter geſtattet ſie das noch nicht real Empfangene durch exceptio ſogar zu fordern,***) mitunter das wirklich Empfangene zu behalten.†) Die Bezeichnung civilis obligatio iſt zwar eine poſitive, aber eine vage von engerer und weiterer Bedeutung.††)

Schon von den erſten ſyſtematiſirenden Juriſten wurde die Doctrin der Obligationen und zwar der civilen, als der allein damals wahrnehmbar vorhandenen nach den causae eingetheilt, und mit Recht; denn die obligatio verhält ſich zu der causa, wie die vollkommen unmittelbare Wirkung zum hinreichenden unmittelbaren Grunde; alſo wie die causa ſo die obligatio; genau iſt die causa die eigentliche Verpflichtung, obligatio, das Verpflichtet Werden.

*) L. 10 D. de O. et A. (44, 7). „Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit: verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.“

**) L. 6 D. de compens. (16, 2). „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.“

***) L. 6 D. de compens. (16, 2).

†) L. 60, L. 64 D. de condict. indeb. (12, 6).

††) § 1 I. de oblig. (3, 13). „Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut Praetoriae. Civiles sunt, quae aut legibus constitutae, aut certe jure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt, quas Praetor ex sua jurisdictione constituit, quae etiam honorarias vocantur.“ — L. 7 § 1 D. de pact. (2, 14). „Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.“

Aber dieſes Syſtem, als deſſen Gründer die Juriſten am Ende der Republik, Scaevola, Sulpicius, Ofilius angeſehen werden können, war ſchon zur Zeit ſeiner Anlage zu eng, wie jedes reine Erfahrungsſyſtem; denn ſolches enthält nur Geſchehenes und damit Vieles, was in der Gegenwart nicht mehr iſt, und Vieles nicht, was gegenwärtig wahr iſt. Die Unzulänglichkeit des Syſtems mußte zunehmen, als daſſelbe bei der ſtetigen Mehrung der causae obligationum durch die Praxis, in ſich ſelbſt unbeweglich, ſtehen blieb. Als daher neue causae in das lebendige Syſtem der Praxis unleugbar eintraten, wurden dieſe dem geſchloſſenen Syſtem der Theorie nur angeſetzt oder auſſen vor gelaſſen. Und ſo lehrten die claſſiſchen Juriſten, Obligationen entſtänden aus Verträgen oder aus Delicten oder aus andern Gründen.*)

Unter dieſen Verträgen verſtanden ſie aber nur die beſtimmten vier von Altersher bekannten und überlieferten,**) für welche ſich mit großer Uebereinſtimmung des Sprachgebrauchs der Name: contrahere, contractus fixirte, urſprünglich kein Name, ſondern ein Begriff, der als ſolcher nichts Anderes als das Allgemeine von nectere, nexus; pagere, pactum, pactio, pax; obligare, obligatio enthält.

Unter delicta verſtanden ſie nur die vier dem alten Rechte ſchon bekannten Verletzungen.***)

---

*) L. 1 pr. D. de obl. et act. (44, 7). „Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris."

**) Gaj. III, 88. 89. „Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur. omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto. Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum quatuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu."

***) L. 4 D. de O. et A. (44, 7). Gajus III, 182. „Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto oriuntur: veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, injuriam commiserit."

Die ſpäter hinzukommenden Verträge, welche zum Theil mit Klageſchutz bekleidet wurden (pacta vestita), wurden pacta, pactiones genannt, die unerlaubten Handlungen wohl maleficia, niemals delicta, oder quasi ex delicto, quasi ex maleficio obligatio. — Juſtinian ließ die Sache, wie ſie war, und nennt die neuen causae collectiviſch entweder variae causarum figurae, *) in welcher Bezeichnung dieſelben ganz unbegriffen liegen bleiben, oder faßt einzelne derſelben unter der Benennung quasi ex contractu und quasi ex delicto zuſammen**) und bringt ſie ſo auf dem Wege der Analogie wenigſtens dem Begriff näher. Vollſtändig aber und insgeſammt können auch durch dieſe Analogie jene neuere causae nicht begriffen werden, ſo lange in der Eintheilung in obligationes ex contractu und ex delicto unter contractus eine beſtimmte Art und Form des Vertrages, unter delicta einige beſtimmte Species des Unrechts vorgeſtellt werden. Werden aber die Begriffe Vertrag und Unrecht in ihrer reinen Abſtraction verſtanden, ſo kann eine Obligation, Verbindlichkeit der Perſon nicht anders entſtehen, als entweder aus Vertrag, d. i. einem rechten Willen, consensus, die andere Perſon zu bereichern, oder aus Nichtrecht, d. i. einer nichtrechten, die andre Perſon beeinträchtigenden Thatſache, res,***) welche nicht gewollt werden kann.

---

*) L. 1 pr. D. de O. et A. (44, 7).

**) § 2 I. de oblig. (3, 13). „Sequens divisio in quatuor species deducitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio."

***) L. 4 D. de O. et A. (44, 7). „Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex injuria, quae omnia unius generis sunt; nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu."

Zweites Capitel.

Entſtehung der Obligationen.

I. Obligationen aus Vertrag.

§ 5.

A. Allgemeines vom Weſen des Vermögensvertrages.

Ausgehend von der beſchränkten Geſtaltung des Vertrages als nexum hat das Recht auch in dieſer Sphäre durch ſeine Geſchichte allmählig das reine und volle Weſen dargeſtellt, und dieſes im Juſtinianiſchen Rechte behalten, nachdem es in ſeiner hiſtoriſchen Bewegung alles Beſchränkende und den Stillſtand ſelbſt abgeſichtet hatte.

Der Vertrag überhaupt iſt Antrag einer Perſon von Sich oder dem Ihrigen mit Annahme dieſes Antrags von Seiten der Perſon, welcher dieſer Antrag gemacht wurde. Dieſer weiteſte Begriff des Vertrages iſt hier vorerſt nicht bloß auf Privatperſonen, ſondern enger auf das Vermögen der Privatperſon zu beſchränken, denn im familienrechtlichen Vertrage der Ehe z. B. verträgt die Perſon Sich ſelbſt. Hier aber handelt es ſich um ein Vertragen, nicht ihres Selbſt, ſondern eines veräußerlichen Theiles ihres Selbſt, eines Vermögens der Perſon. *)

---

*) L. 5. L. 1 § 1. 2. 3. 4. D. de pactis (2. 14). „Pactum autem a pactione dicitur: inde etiam pacis nomen appellatum est. § 2. Et est pactio, duorum pluriumve in idem placitum consensus. § 3. Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur, qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est, in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.“

Aber auch bei den Vertragungen und Vergabungen des Vermögens iſt Vertrag und Uebertragung zu unterſcheiden. Uebertragen iſt abſolutes Ab- und Hingeben in die Gewalt des Andern, transdare; die Sache iſt nicht mehr hier bei dem Geber, ſondern ganz bei dem Empfänger; beide Perſonen ſind in keiner Verbindung weiter, als inſofern ein die Tradition veranlaſſender oder begleitender Vertrag dieſelbe herbeiführt.*) Vertrag aber enthält kein unmittelbares Erwerben der Sache, ſondern eine Vereinigung der Perſonen, ein Vertrauen; durch den Vertrag fängt der eine an, vermittelt durch den Andern zu haben, und dieſer für jenen zu haben, was er ihm angetragen, aber noch nicht abgegeben hat. Der eigentliche Vertrag**) iſt lediglich auf Verpflichtung der Perſonen gerichtet. Dem widerſpricht es nicht, daß auch ohne ein ſichtbares factum eine wirkliche Uebertragung geſchehen kann, wie z. B. bei der Errichtung einer hypotheca immer, bei der Errichtung einer servitus dann der Fall iſt, wenn ſie durch constitutum quasi possessorium übergeben wird.

Der Begriff des vermögensrechtlichen, obligatoriſchen Vertrages, der hier bei den causis obligationum allein gemeint ſein kann, iſt:

„Die freiwillige Vereinbarung, conventio, verſchiedener Perſonen, durch welche die eine ſich zu einer Vermögensleiſtung zu Gunſten der andern verpflichtet," ſo daß auch die acceptilatio, solutio, contrarius consensus, und wodurch ſonſt noch eine Obligation vernichtet wird, keine eigentliche conventio iſt, ſondern vielmehr ein Auseinandergehen: nicht contrahi, ſondern distrahi.***) Allerdings

---

*) L. 48 D. de pact. (2, 14). „In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestum est."

**) L. 20 C. de pact. (2, 3). „Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur."

***) L. 5 § 3 D. de O. et A. (44, 7). „Is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione, et eadem actione tenetur, qua debitores credi-

aber iſt das pactum de non petendo ein Vertrag, conventio; denn der creditor verpflichtet ſich, das nicht zu fordern, was er fordern kann. Ein Vertrag kann zwiſchen Zweien oder Mehreren geſchloſſen werden; er kann einſeitig, d. h. von der Art ſein, daß er nur eine obligatio, einen creditor und einen debitor erzeugt, wie Darlehn, Schenkung, oder, daß zwei gegenſeitige Obligationen, zwei gegenſeitige Creditoren und Debitoren entſtehen.

1) Perſonen ſollen ſich vereinbaren. Sich oder das Seinige verſprechen kann nur, wer ſich ſelbſt gehört, freie Perſon, sui juris iſt. Daraus folgt, daß die Weſen, welche vom Rechte nicht als Perſonen betrachtet werden, nicht für ſich ſelbſt vertragen können, daß aber, ſoweit Einer für ſich ſelbſt vertragen kann, er ſoweit als Perſon betrachtet wird. *)

2) Verſchiedene Perſonen. Soweit alſo zwei Menſchen ipso iure eine Perſon ſind, können ſie einander nicht vertragen.

3) Vermögen ſoll vertragen werden, d. i. a) nur Vermö-

---

toribus, sed non potest intelligi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse; qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo, quam contrahendae dare videtur."

*) L. 15 D. de stipul. servor. (45, 3). „Sive mihi, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter dari servus meus stipuletur, mihi adquiret."

L. 15 pr. § 1. 2. 3. D. de castrensi peculio (49, 17). „Pater milite filio reverso, quod donat, castrensis peculii non facit: sed alterius peculii, perinde ac si filius numquam militasset. § 1. Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio; ceterum ex qualibet alia causa non tenebit. § 2. Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur. § 3. Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur, aut per traditionem accipiat: sine distinctione causarum res ad filium pertinebit: non enim ut filius duplex jus sustinet, patris et filiifamilias, ita servus, qui peculii castrensis est, quique nullo iure, quamdiu filius vivit, patri subjectus est, aliquid adquirere simpliciter stipulando, vel accipiendo patri potest."

gen, die Perſönlichkeit ſelbſt, Freiheit, Ehre und Redlichkeit kann nicht vertragsmäßig veräußert werden.*) b) Ihr Vermögen, nicht fremdes Vermögen kann vertragen werden. Keineswegs iſt nöthig, daß der Gegenſtand des Vertrages, z. B. des Verkaufes, zur Zeit der Abſchließung deſſelben in specie exiſtentes und gegenwärtiges Eigenthum des Vertragenden ſei. Hier iſt ein Unterſchied zwiſchen Vertrag und Uebertragung wahrzunehmen. Zur vollwirkſamen Uebertragung, traditio, iſt erforderlich, daß die Sache dem Uebertragenden damals gehörte. Zur Wirkſamkeit des Vertrages iſt aber nur nöthig, daß die Perſon das vermögen werde,**) was ſie thun zu wollen nur verſpricht, nicht aber ſofort thun ſoll. Wer jetzt keinen Pfenning baar hat, kann tauſend Pfund gültig verſprechen; denn er vergiebt hier nur ſein Wollen und Können, und er kann Alles, was an ſich möglich iſt, können; denn die Perſon iſt weſentlich an ſich unbegrenztes Vermögen, Reichthum. Dieſe reine Fähigkeit, als der Perſon anhaftende Eigenſchaft, wird durch den Vertrag übertragen und inſofern die Perſon ſelbſt durch den Vertrag obligirt.

4) Freiwilliges Verbinden, d. i. tautologiſch mit Verbindung von Perſonen. Denn die Perſon iſt Freiheit. Alſo der Willensentſchluß muß mangellos ſein. Was gehört dazu? Der Willensentſchluß, d. h. der gewählte, vermittelte, im Gegenſatze des unmittelbaren Entſchluſſes der Naturkraft von unſerm Standpunkt aus betrachtet, enthält in ſich das ſcientifiſche oder intellectuelle Moment des Vorſtellens und Verſtehens unendlich unentſchiedener Möglichkeit und Unbeſtimmtheit, woraus gewählt und entſchloſſen werden könne, und das moraliſche Moment, vermöge welches ein

*) L. 26 D. de verb. obl. (45, 1). „Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti.“

**) L. 34 § 1 D. de contrah. emt. (18, 1). „Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.“ § 2. 3. 4 eod.

beſtimmter, dieſer Inhalt aus jener unbeſtimmten Möglichkeit wirklich gewählt und feſtgehalten, d. h. gewollt wird. Damit ein rechter Willensentſchluß geſchehe, muß jenes Reich der Vorſtellung wahr ſein, der moraliſche Act der Wahl muß frei, d. i. hier eigen ſein. Alſo die möglichen Mängel des Willensactes ſind 1) in Rückſicht des intellectuellen Momentes: Irrthum, welcher entweder a) von ſelbſt entſtanden, error, oder b) von einem Andern abſichtlich herbeigeführt iſt, Betrug, fraus. 2) an dem moraliſchen Moment: Gewalt, das iſt, daß fremder Wille oder That die freie Selbſtbeſtimmuung modificirte oder verhinderte, metus, vis.

1) Was den Irrthum, error s. ignorantia betrifft, ſo muß ein weſentlicher*) Irrthum, wie z. B. über die Perſon des Mitcontrahenten, über die Art des Geſchäfts**) oder über den Gegenſtand***) deſſelben bewirken, daß gar kein Vertrag vorhanden iſt, nulla conventio. Iſt aber nur im Unweſentlichen ein Irrthum vorhanden, ſo iſt im Weſentlichen der Vertrag vorhanden und wirkſam, und wird nur im Unweſentlichen durch den Irrthum unwirkſam oder modificirt.

2) Betrug, fraus. Wenn der eine Contrahent durch Betrug vermocht wurde, den Vertrag zu wollen, ſo iſt, weil er

---

*) L. 57 D. de O. et A. (44, 7). „In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta, qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit: nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coëunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit."

**) L. 18 pr. D. de reb. cred. (12, 1). „Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse."

***) L. 137 § 1 D. de verb. Obl. (45, 1). „Si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur."

gewollt hat, der Vertrag allerdings vorhanden,*) derſelbe aber kann keine Wirkſamkeit**) haben, wenn der Betrogene es nicht will; denn weil er nur betrogen gewollt hat, hat er noch nicht wirklich, d. i. frei und wahr, gewollt.

3) Gewalt und Zwang, vis, metus. Wenn der eine Contrahent durch phyſiſche Gewalt, vis, äußerlich und ſcheinbar in den Vertrag willigte, innerlich alſo neben und trotz dieſem Schein den Vertrag nicht wollte, ſo iſt hier wiederum gar kein Vertrag, nulla conventio, weil jener gar nicht gewollt hat.

Wenn er durch Drohung, metus,***) bewogen, wollte, ſo iſt der Vertrag, da er, wenn auch gezwungener Weiſe, doch wollte,†) nicht null und nichtig, aber nicht wirkſam,††) da er nicht frei gewollt hat.

---

*) L. 36 D. de verb. Obl. (45, 1).

**) L. 3 § 3 D. pro socio (17, 2). „Societas si dolo malo, aut fraudandi causa coïta sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo."

L. 11 § 5 D. de act. emt. vend. (19, 1). „Si quis virginem se emere putasset, cum mulier veniisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verumtamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur."

***) L. 6 D. quod metus causa (4, 2). „Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc Edictum pertinere dicemus."

L. 5 C. de inutil. stip. (8, 39). „Dolo vel metu adhibito, actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit: per doli mali tamen vel metus exceptionem submoveri petitio debet."

†) L. 21 § 5 D. eod. (4, 2). „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui."

††) L. 21 § 1 D. eod. (4, 2). „Quod metus causa gestum erit, nullo tempore Praetor ratum habebit."

L. 1 pr. C. de rescind. vend. (4, 44). „Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: malae fidei enim emptio irrita est."

Die Nullität oder das Nichtdaſein des Vertrages wegen weſentlichen Irrthums oder vis bewirkt, daß Niemand ſich auf den Vertrag, welcher gar nicht vorhanden iſt, berufen kann. Der durch Betrug oder metus zum Vertrage Bewogene aber kann, wenn er ſelber ſich nicht betrogen oder gezwungen bekennen will oder keinen Nachtheil in dem Inhalt des Vertrages finden kann, die Wirkung und den Vortheil des Vertrages genießen, welcher allerdings vorhanden iſt, aber nur nicht wider ſeinen Willen und Vortheil wirken ſoll.

5) Zu Gunſten einer andern Perſon. Jede Pflicht erhält eine Laſt. Wenn dieſe Niemandem Vortheil bringt, ſo kann ſie zu Rechte nicht beſtehen. Denn nicht der Willkühr, ſondern nur dem Nutzen des Andern zum Frommen ſoll der Andere ſich benachtheiligen.

6) Vereinbarung. In der Einigkeit liegt untrennbar vereint 1) daß jeder a) wolle und b) daß er dieſes Selbige, was der Andere wolle. 2) daß ſie gegenſeitig wiſſen und daß es gewiß ſei, daß ſie ſich einig ſind. Damit aber die nur innerlich vorhandene und ſomit noch ungewiſſe Einigkeit für beide und objectiv gewiß werde, muß dieſelbe ſich äußern, den contrahirenden Perſonen gegenſeitig und von denſelben gegenſeitig dar- und vergegenſtändlicht werden. Die Einigkeit muß ſich geſtalten, formen, denn ſo erſt iſt ſie gewiß und kann ſie gewußt werden. Die Form iſt durch das Weſen des Vertrages beſtimmtes, alſo zum wirklichen Daſein des Vertrages weſentliches Moment.

§ 6.

B. Ueber die Form des Vertrages im Allgemeinen.

Die wahre Form iſt alſo hier, wie überall, nicht etwas dem Weſen Fremdes und Anderes, ſondern nur die Fer-

---

L. 12 C. de his quae vi (2, 20). „Venditiones, donationes, transactiones, quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari."

tigkeit, Selbſtbegränzung, Abſchließung des Weſens ſelbſt, unmittelbarer Ausdruck deſſelben. Daher finden wir auch Form und Inhalt der Verträge, wie anderer Rechtsgeſchäfte, in ihren geſchichtlichen Schickſalen niemals getrennt; eine Neigung, Beſchränkung oder Erweiterung in dem Einen iſt immer das Gleiche in dem Andern. Im Allgemeinen wird ſich ergeben, daß jedes Zeitalter bei jedem Geſchäfte, die dem Inhalte dieſes und die ſeinen eignen Mitteln der Aeußerung und des Verſtändniſſes angemeſſenſte und natürlichſte Form wählte, und grade ſo alle die Anforderungen, welche ſpäter von Seiten der Reflexion an die Form der Geſchäfte gemacht werden, nämlich klare, ſichere und bequeme Darſtellung des Inhalts zu ſein, am vollkommenſten befriedigte. Wiewohl im Allgemeinen dem ſo iſt, ſo können doch einzelne Formen nicht bloß den Schein einer dem Inhalt fremden, willkührlich mit ihm vereinten Beſonderheit annehmen, ſondern in der That dieſen Character tragen. Das ſind ſ. g. ſolenne oder förmliche Formen, Ausdrucksweiſen, oder an und für ſich unabänderliche Geſtaltungen, die nicht ſo ſehr ein unmittelbarer Ausdruck, als vielmehr ein Gefäß des Inhalts ſind, durch welches die Schickſale dieſes beſtimmt werden. Die Verträge und ſonſtigen Geſchäfte, welche in ſolche Formen geſchloſſen ſind, nennt man förmliche, ſolenne Geſchäfte.

Eine Art dieſer ſolennen ſind innerhalb des gebildeten Rechts die ſ. g. ſymboliſchen, aber beſſer plaſtiſche zu nennenden Formen. Im Zuſtande höherer Bildung iſt ohne Zweifel die Sprache, durch Wort oder Schrift, das unmittelbarſte d. i. bequemſte und deutlichſte Mittel der Willenserklärung überhaupt und auch bei Rechtsgeſchäften. Denn je höher die Civiliſation überhaupt gediehen, deſto weiter iſt auch als Bedingung und Reſultat derſelben die Sprache zu klarer und ausgebildeter Selbſtſtändigkeit gelangt. Die Sprache hat in ihrer ſelbſt abſtracteſten Iſolirung als Schrift die Macht, das ganze Innere auszudrücken. Denn das ganze Innere iſt in den der Sprachform adäquaten Stoff des Gedankens übergegangen. Anfänglich

hingegen, wo dieſe Lauterkeit und Einfachheit im Innern nicht vorhanden, arbeiten auch zur Darſtellung die ungeſchiedenen Kunſtfähigkeiten und Ausdrucksvermögen in concreter Gemeinſchaft. Wie Malerei und Plaſtik, ſo iſt anfänglich Sprache und Geſang noch ungeſchieden, und deshalb eine rechte Sprache ſo wenig, als ein rechter Geſang vorhanden. Wenn das gebildetere Volk faſt nur durch die Sprache ſich äußert, und die gebildetſte Sprache bemerkbar nur mit den wenigſten Mitteln und Organen durch Zunge, Lippen, Gaumen und Zähne operirt und das Geſtus-, Mienen- und ſelbſt Ex- und Declamationsloſe Sprechen Anforderung guter Sitte und ſprachlicher Vollendung iſt (die an ſich vollendete Rede ſoll geſchrieben daſſelbe leiſten wie geſprochen), ſo nehmen die roheren Völker ſprechend nicht bloß eine Färbung des Hauches durch Naſe und Kehle unarticulirte Exclamationen, Emphaſe, Mienen, Actionen der Hände und Füße und des ganzen Körpers zu Hülfe, ſondern dieſe rohere, nicht rein vocale, ſondern noch halbplaſtiſche Sprache nimmt noch andere, über den eigenen Körper hinausliegende Mittel der Darſtellung zur Hülfe; ſie ſagt nicht, was ſie will, ſondern ſie malt und thut, wie ſie empfindet. Dieſe plaſtiſcheren, ſinnlicheren Ausdrucksformen ſind zur Zeit ihrer Entſtehung die allerunmittelbarſten und natürlichſten. Wenn dieſelben jedoch in ihrer concreten Geſtalt feſtgebannt auf eine reifere, rein redende Zeit vererbt werden, ſo nehmen dieſe Antiken für die unmittelbare Empfindung ſolcher Zeit, welche dergleichen nicht mehr von ſelbſt gebraucht und verſteht, den Character der Solennität und des Symboliſchen an, den ſie urſprünglich nicht hatten. Denn das Symbol iſt etwas dem Inhalte Fremdes, was nicht der Inhalt iſt, ſondern denſelben bedeutet. Außer dieſen einſt wahren und auf Allgemeinheit beruhenden, ſich nur überlebt habenden Formen können auch durch Reflexionen, Interpretation und Willkühr Einzelner ſymboliſche und überhaupt ſolenne Formen exiſtent werden, die niemals ein unmittelbares Leben gehabt haben, dennoch aber vom Stand-

punct des Allgemeinen aus nützlich und angemeſſen ſein können.

Wenn es nun gewiß iſt, daß keine Richtung, die irgendwo iſt, irgendwo ganz fehlt, ſo iſt auch gewiß, daß das älteſte Römiſche Recht irgend ein Moment plaſtiſcher d. i. nicht ſprachlicher Ausdrucksweiſe im Recht geübt hat. Ein Beiſpiel davon die percussio librae. Aber eben ſo ausgemacht iſt, daß das Römiſche Volk von allen Völkern am wenigſten der Art im Rechte gebraucht hat, daß ihm von Anfang an die Sprache, ſelbſt dieſe ſchroff articulirte, einfache Sprache als Ausdrucksmittel bei der Einfachheit ſeines juriſtiſchen Haushalts genügte, und bei der Aermlichkeit deſſelben unentbehrlich war. Aber nicht zu leugnen iſt, daß ſpäterer Misverſtand und Reflexion Einzelner Symbole und andere Solennien ausgearbeitet haben, die niemals Allgemeinheit und Wahrheit im Volksbewußtſein hatten, auf deren Entfernung oder Unſchädlichmachung der lebendige Gemeinſinn des Edicts ſtets hinarbeitete.

§ 7.

C. Geſchichte des Vertrages, Geſtaltung verſchiedener Vertragsarten.

Nachdem das Obligiren per aes et libram, das necti ſeiner Wirkung nach durch die lex Poetelia Papiria aufgehoben worden war, ſchwand es auch als causa; es wurde nicht mehr per aes et libram contrahirt, und zwar nicht bloß, weil die Neigung der Zeit ſich durchaus vom plaſtiſchen Ausdruck entfernt hatte, ſondern weil in der gemeinen Vorſtellung Form und Wirkung des Geſchäfts untrennbar vereint, alſo mit der Wirkung auch die Form nexum und der Name als abgeſchafft erſchienen. Daher denn auch umgekehrt bei der Uebergabe, traditio, aes und libra noch fortwährend angewandt wurden, weil und in ſo weit die an dieſer Art der Uebertragung haftende alte Wirkung der alten in rem actio in Uebung blieb.

Für das Contrahiren aber bediente man ſich ſeit der lex Poetelia Papiria in Folge unmittelbar einleuchtender Genüge des reinen bloßen Wortes, in einer Weiſe, wie ſie vielleicht ſchon neben dem aes und libra üblich geweſen ſein mag. Es ging denn bei ſolchem Verbalcontract wie ehemals ſtreng nach dem Wort; denn die Verbindlichkeit galt, weil ſie ausgeſprochen, alſo auch wie ſie ausgeſprochen war. Und ſo wollten es die Contrahenten (id agebatur) jedesmal dann, wenn ſie verbis contrahirten.

Nämlich wenn auch am häufigſten auf die hier nur angedeutete, ſogleich näher zu erörternde Weiſe mit certis verbis contrahirt wurde, ſo geſchah es doch keineswegs immer. Denn bei gewiſſen ſich neubildenden Geſchäften ſchien die verborum solennitas unnöthig, indem durch die That ſelbſt der Contract ſich deutlich genug zu erkennen gab, re contrahi videbatur; und der Magiſtrat geſtattete ohne Weiteres, wo ſolches Contrahiren wirklich Sitte war, Klage und Proceß. Es wurde aber ſo gehalten in allen den Fällen, wo der Eine den Andern verpflichten wollte, etwas Hingegebenes zurückzugeben. Da ſchien Beides, daß er ſchon mit und durch die Annahme der ſo gegebenen Sache, aber auch erſt durch dieſe verpflichtet werde, natürlich. Die verba nach oder neben der res waren nicht mehr nöthig; Verbalobligation zum Zurückgeben, ohne geſchehene Hingabe, ohne res, unmöglich. Solche Stipulation wäre nulla, Nichts, geweſen, weil es nicht agi potuit, zurückzugeben, was man nicht bekommen hatte. Die stipulatio war hier wirklich inutilis, alſo nicht in usu.

Die res war alſo nur da anwendbar, wo zum Zurückgeben verpflichtet werden ſollte. Die certa verba nur da, wo der Inhalt der einzugehenden Verbindlichkeit klar und beſtimmt gewußt und geſagt werden konnte. In Geſchäften aber, bei denen Beides nicht der Fall war, wo man ſich einig war, daß man ſich zu Mehr und weiter verpflichten und berechtigen wollte, als man beſtimmt zu ſagen jetzt im Stande war, daß Dinge berückſichtigt werden ſollten, die man jetzt noch nicht beſtimmt wiſſen konnte, wo

man ſich ſelbſt zu dieſem nur verpflichten will, wenn der Andre ſich zu Jenem verpflichten will, da konnte weder verbis noch re contrahirt werden, waren aber auch beide nicht erforderlich, denn eines Weitern außer der Einigkeit bedurfte es nicht. Waren doch die certa verba *) und die res nur dann und da, wo es Conſens war, ubi id agebatur, eben verbis oder re zu contrahiren, und deshalb weil es ſo die Abſicht war, gültige und wirkſame causa. Es genügte, daß die Einigkeit, consensus, über einen Inhalt, wo derſelbe ſich verbis oder re eben wegen ſeiner Beſchaffenheit nicht äußern konnte oder mochte, auf irgend eine Weiſe erkennbar äußere. Nur bei einem ſo unbeſtimmbar beſchaffnen Inhalt ſchien eine ſo unbeſtimmte Aeußerung der Einigkeit angemeſſen. Mit Recht urtheilte aber der Magiſtrat, daß für ſolche Verträge auch im ſtrengſten Sinn des Civilrechts in ſolcher Einigkeitsäußerung hinlänglicher Grund, civilis causa einer obligatio und actio ſei.

Eine beſondere Bequemlichkeit und Sicherheit zum Contrahiren gewährten endlich die allgemein üblichen Hausbücher, in welchen jeder bonus paterfamilias den ganzen status ſeines Vermögens ſcheint verzeichnet zu haben. Das dort geſchriebene Wort, litterae, wurde ſo hoch geachtet, wie das geſprochene, und gab eine vierte Art zu contrahiren, litteris contrahere obligationem.

Es iſt gewiß, daß ſchon vor der Entſtehung des edictum perpetuum, alſo durch das alte Civilrecht dieſe vier Weiſen zu contrahiren neben einander üblich waren, und zwar wenn auch ſchon unter Leitung und Mitwirkung des Magiſtrats, doch hervorgegangen aus unmittelbar

---

*) L. 1 § 3. D. de pact. (2, 14). „Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.“

eignem Belieben und Uebung des Volks. Und daher wußte das Volk auch lange Zeit nach eignem Takt und Treffer mit denſelben umzugehen. Dennoch mußte ſpäter, nach dem edictum perpetuum, grade weil bei der Anwendung dieſer Formen die Wahl und Herſtellung derſelben auf Belieben und Sitte geſtellt war, Varietät und damit Zweifel unvermeidlich eintreten. Dieſe Zweifel der geltenden und im Organe des Edikts ſich weiterbildenden Anſicht des Gerichts gemäß zu entſcheiden, genügte bald nicht mehr gewöhnliche Erfahrung und Urtheil. Die Jurisprudenz beſtimmte mit ſchärferem Urtheil und weiterer Erfahrung 1) was die einzelnen Formen zu ihrer Rechtsbeſtändigkeit erforderten. 2) bei welchen Geſchäften dieſelben richtig angewandt würden. 3) welches ihre Wirkungen, ſowohl da, wo ſie paſſend, als da, wo ſie unpaſſend angewandt waren, ſeien. Es ſind jetzt genauer die einzelnen Species und zwar nicht minder in ihrer unmittelbaren, natürlichen Geſtalt der Gewohnheit, als in ihrer künſtlichen oft verkünſtelten Geſtalt im Organe der Jurisprudenz, zu betrachten.

A. Die benannten Contracte.

§ 8.

1. Verbalcontract, verborum obligatio, verbis contracta obligatio.

Der Verbalcontract nach ſeiner Redaction durch die Jurisprudenz kann definirt werden als die formelle oder ſolenne Art zu contrahiren, in welcher die causa civilis obligandi in der Anwendung einer beſtimmten Wortfaſſung, certa verborum conceptio, beſteht. Derſelbe hat nur die eine Species stipulatio. *) Die jurata operarum promissio li-

*) Gaj. III, 92. „Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione.“

berti gehört nicht zu den Verbalcontracten, weil ſie überhaupt keine certa verborum conceptio hat. Die dotis dictio hat allerdings eine ſolche; aber an ihr iſt nicht die verborum conceptio an und für ſich allein causa civilis, ſondern nur in Verbindung mit der von gewiſſen Perſonen nur ſo zu beſchaffenden Auslobung einer dos.

Die Solennien der formellen stipulatio ſind, daß derjenige, welcher Gläubiger aus derſelben werden will, stipulator, den, welcher Schuldner werden ſoll, promissor, perſönlich ſelbſt oder durch einen ſeiner Familiengewalt unterworfenen Menſchen, mündlich die beabſichtigte Verbindlichkeit anfrage, interroget stipuletur, und letzterer gleichfalls perſönlich ſelbſt mündlich und in continenti den Antrag durch eine der Anfrage congruente unbedingte Antwort annehme z. B. centum dare spondes? spondeo! Hominem Stickum dare spondes? spondeo! *)

---

*) L. 1 D. de Verb. Obl. (45, 1). „Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente, et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. Si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. Item si quis obligari velit: jubeat, et erit quod jussu obligatus. § 1. Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur, discessit, inutilem efficit stipulationem. Sin vero praesens interrogaverit, mox discessit, et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem. § 2. Si quis ita interroget, Dabis? responderit: Quidni? et is utique in ea causa est, ut obligetur. Contra si sine verbis adnuisset. Non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter óbligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est, non obligari pro eo nec fidejussorem quidem. § 3. Si quis simpliciter interrogatus responderit: „Si illud factum erit, dabo“: non obigari eum constat. Aut si ita interrogatus: „Intra Calendas quintas? responderit: „Dabo Idibus,“ aeque non obligatur. Non enim sic respondit, ut interrogatus est. Et versa

Die Stipulation in dieſer Weiſe iſt ein formeller Contract; denn die beſchriebene Form hat ihr Daſein und ihre Bedeutung an ſich, iſt das Gefäß, welches jeden darin gefügten Inhalt klagbar macht. Die certa verba an ſich ſelbſt, wenn ſie nur irgend einen Inhalt haben, ſind die causa obligandi. Aber dieſe Geſtalt der Stipulation, durch welche ſie ſchon der claſſiſchen Zeit als eine poſitive Künſtlichkeit, überhaupt als etwas Formelles vorkommen mußte, deſſen Grund keine unmittelbare Evidenz mehr hatte, dieſe Geſtalt iſt keineswegs die urſprüngliche; in ihrer urſprünglichen Geſtalt war ſie vielmehr eine ganz natürliche, unmittelbar geläufige Form, nämlich eigentlich nichts Anderes, als eine ohne

---

vice si interrogatus fuerit sub condicione, responderit pure, dicendum erit eum non obligari. Cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem; nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit; tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. § 4. Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat. Ex contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse. § 5. Sed si mihi Pamphilum stipulati, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendam puto; nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem. § 6. Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis latine interrogaverit, respondeatur ei graece; dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, Poenum forte, vel Assyrium, vel cujus alterius linguae, dubitari potest? Et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem; ita tamen ut uterque alterius linguam intellegat, sive per se, sive per verum interpretem."

Stellvertretung mündlich beſchaffte ausdrückliche Vereinbarung in damals gewöhnlicher Redeweiſe.

So natürlich die Ausſchließung der Stellvertreter, die Mündlichkeit und Ausdrücklichkeit, ſo natürlich iſt vor allen Dingen die damals allerdings ſchon vorhandene Frage- und Antwortform. Die auch äußerlich ſich darſtellende Frage und Antwort iſt grade der unmittelbarſte Ausdruck des ganzen innern Hergangs, welcher Vereinigung aus dem Zweifel, und nicht bloß Einigkeit iſt. Eine gebildetere, mehr abſtrahirende Zeit wird ſich in der Regel damit begnügen, das reine Reſultat, die Einigkeit, mit Weglaſſung der Interrogative, rein poſitiv darzuſtellen, vorzüglich wenn ſie ſich ſchriftlicher Darſtellung bedient. Aber auch da ſelbſt, wo die gebildetere Sprache die Form der Frage und Antwort in Rechtsgeſchäften oder zu andern Zwecken wählt, unterſcheidet ſie ſich weſentlich von der ungewandten, concreten Sprach- und Denkweiſe einer früheren Zeit.

Die neueren gebildeteren Sprachen und die gebildeten Sprecher dieſer, gebrauchen zum Ausdruck abſoluter Bejahung oder Verneinung der Frage ein einfaches Abſtractum, welches abſolut und rein nur Bejahung oder Verneinung ohne weitere Beſtimmung iſt. Wie kurz, wie lang, welches Inhalts immer die Frage ſei, ſo wird die Bejahung mit „Ja, yes, si, oui" gleichmäßig auf die kürzeſte und bündigſte Weiſe abſtract ausgedrückt. — Die älteren concreteren Sprachen überhaupt wie auch noch die ungeübten Sprecher ausgebildeter Sprachen haben nur eine concrete Bejahung. So auch die Römiſche Sprache. Sie kennt gar keine abſtracte Bejahung. Statt der reinen Antwort hat ſie nur ein Antworten auf dieſes Gefragte. Es wird in der Antwort mehr oder minder alles Gefragte wieder aufgenommen. Das iſt ſo allgemein die Natur des concreteren, ſinnlicheren und ſinnigeren Bildungszuſtandes. Der Antwortende kann noch nicht nach-denken und nach-wollen ohne nachzuſprechen, und hat die inſtinktmäßige Vorſicht bei dieſer Weiſe, die ihm dienlicher und ſicherer iſt, zu bleiben. Denn nur

wenn das Gefragte nachgeſprochen iſt, können beide Theile ſicher ſein, daß auch daſſelbe gemeint iſt.

Die abſtracte Aeußerung der Antwort ſetzt die innere Abſtraction und Freiheit des Gedankens, die Fähigkeit des lautloſen Nachdenkens, die Gewohnheit zu denken ohne zu ſprechen voraus, wozu ſich denn leider häufig die Gewohnheit zu ſprechen ohne zu denken geſellt. Dieſe innre und äußre Seite ſind im Zuſtand der Unreife noch nicht ſo discret. Das Kind ſagt nicht, was es nicht meint, und meint, empfindet nicht, ohne zu ſagen oder ohne ſich ſonſt zu äußern.

Im gebildeten Zuſtand würde auf die Frage: „Willſt Du für zwei Tauſend mir acht weiße Pferde von gleicher Größe, ohne Fehler, unter 8 Jahren, alle zuſammen eingefahren ꝛc. geben?" mit einem bloßen „Ja" geantwortet werden, und damit die unumwundenſte Einigkeit vorzuliegen ſcheinen. Im Einzelnen, alſo im Ganzen iſt aber innerlich vielleicht die größte Uneinigkeit vorhanden; der Verkäufer verſtand vielleicht „drei" ſtatt „zwei;" dachte nur an „Schimmel" ſtatt an „Weiße." Alle dieſe Divergenzen wären beim wörtlichen Nachſprechen zum Vorſchein gekommen.

Wenn dagegen bei den Alten der Gläubiger fragte: „Stichum hominem, eundem qui heri a Titio fratre tibi emtus est, intra quinque dies proximos aere et libra tradere mihi, sanum sine vitio et morbo, noxis solutum, recte habere licere spondes?" ſo antwortet der Promiſſor nicht etwa bloß: „spondeo!" Der stipulator würde ſogleich gefragt haben: „quid spondes?"; ſondern er ſagt: „Stichum hominem, eundem qui a Titio fratre heri tibi emtus est, intra quinque dies proximos aere et libra tradere tibi, sanum sine vitio et morbo, noxis solutum recte habere licere spondeo!"

Wir dagegen laſſen häufig die inhaltſchwerſten Verſprechungen durch ein bloßes „Ja" ableiſten. Jedoch bei der feierlichſten Form der Ausſage oder Zuſage durch rechten Eid verlangen auch wir noch jenen urſprünglich ganz allge-

mein üblichen, umſtändlichen, detaillirten Ausſpruch, und zwar in eigner Perſon nicht durch Stellvertreter abzulegen. Beim Katecheſiren mit Kindern, bei Aufträgen an Ungebildete begnügt man ſich nicht mit einem bloßen „Ja" als Antwort auf die Frage oder als Annahme des Auftrags, ſondern verlangt umſtändliche Wiederholung.

Es iſt einleuchtend, in welchem Grade dieſe concrete Bejahung größere Garantie des Einverſtändniſſes und Ernſtes giebt als die abſtracte. Es iſt zwiſchen beiden in Hinſicht der Zuverläſſigkeit ungefähr der Unterſchied, wie ob man eine zu hebende Laſt mit dem bloßen Augenmaaße probirt und approbirt, oder ſie wirklich auf die Schultern nimmt.

Den alten Römern war dieſe Art der concreten Beantwortung aus inſtinctmäßiger Vorſicht allgemein auch außerhalb Rechtsgeſchäften Natur und Bedürfniß. Und was Natur und Gewohnheit gegeben und empfohlen hatten, wurde nachher wegen ſeiner Dienlichkeit mit Ueberlegung feſtgehalten und befohlen.

Von dieſem Standpunct aus iſt die urſprüngliche Verbalobligation: mündliche Vereinbarung in Frage und Antwort-Form; denn das vollſtändige Weſen des Hergangs iſt Vereinbarung aus dem Zweifel, Annahme eines Antrages. Jeder von beiden ſoll ſelbſt ſprechen; denn A kann nicht genau wiſſen und ſagen, was B will. Es ſoll ſogleich in continenti geantwortet werden; denn iſt erſt ein Zwiſchenraum da, ſo kann man nicht wiſſen, ob die Frage noch ſteht, (was ich geſtern, ja vor einer Stunde, alſo damals antragen wollte, will ich deshalb nicht jetzt noch) und kann nicht wiſſen, ob dieſe Antwort von jetzt jener Frage von damals gelten ſoll. — Der Promittent ſoll daſſelbe ſagen, was gefragt wurde; das iſt vor allen Dingen: er ſoll daſſelbe Ganz ſagen, denn ohnedies iſt nicht zu erſehen, ob er ganz Daſſelbe meint. — Hat er aber daſſelbe geſagt, ſo meint er auch daſſelbe; er hat ſich wie durch ſein Wort, ſo auch auf ſein Wort verpflichtet. Die Interpretation des bloßen Wortes giebt hier noch keine Ungerechtigkeit, weil ſie keine Interpretation des bloßen, abſtracten, Wortes iſt. Das

Wort wird interpretirt, wie es geſprochen iſt, und es war wirklich nur der laute Gedanke ſelbſt; nicht aber, wie es ſpäter häufig der Fall iſt, ein den Gedanken bloß bedeutendes, von dem Sprecher erlerntes, äußeres Zeichen, das dem Fehlgriff und Mißverſtändniß unterworfen iſt.

Allmählig aber neigt ſich unaufhaltſam die Sprache mit dem Gedanken zur Abſtraction hin, und zwar gleichmäßig von allen Standpuncten und in allen Situationen. Um eine Frage zu beantworten wiederholt man nicht mehr das ganze Gefragte, ſondern das Frageverbum. „Visne mecum proficisci Capuam? volo! oder proficiscar!“ Die allgemeine Sprachſitte machte ſich unvermeidlich auch in Rechtsgeſchäften geltend. Dazu kam, daß in den Formelbüchern der älteren Juriſten ſchon in den Stipulationsparadigmen die Antwort der Abkürzung wegen mit dem bloßen Verbum geſchrieben wurde. Wenn ſie z. B. centum dare spondes? spondeo! ſchrieben, ſo wollten ſie, daß geleſen und geſprochen werde centum dare spondeo! Solche Scriptur wurde ſpäter in Einklang mit der herrſchenden Sprechweiſe, die ſich jetzt ſchon derſelben Abkürzung bediente, wie ſchon früher jene Schreibart gethan hatte, dahin verſtanden, daß nur das Verbum zu wiederholen ſei. Genug die claſſiſchen Juriſten forderten ſchon nichts weiter. Es wurde zu ihrer Zeit bei weitem am häufigſten stipulatu ſo promittirt: „Si Lucius Titius ante Calendas Majas in Italiam non venerit, decem dare spondes? Antwort bloß: spondeo!“ „Si ante Calendas Martias primas opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari spondes? Antwort: spondeo oder dabo!“

Das weſentlich Sichernde und Bindende der „stipulatio“, d. i. Befeſtigung,*) der Wort in Wort gefugten Rede war damit verſchwunden. Sie war jetzt nur: unumwundene, mündliche, perſönliche Vereinbarung in Frage- und Antwort-Form.**)

---

*) pr. I. de verbor. obl. (3, 15). „quae (stipulatio) hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.“

**) Gaj. III, 92.

Die Pedanterei beſtand hierbei oft auf eine ganz nutzloſe formelle Kongruenz, auf beſtimmte Fragworte, auf beſtimmte Sprache, Manche ſicher auch auf vollſtändige Wiederholung. Die beſſern Juriſten der claſſiſchen Zeit aber waren längſt darüber einig, daß die Sprache gleichgültig ſei,*) daß man auf die Frage dare spondes, ſehr wohl dabo ſtatt spondeo, auch ſelbſt Quidni**) oder certe! &c. antworten könne; daß es allein auf unumwundene abſolute jedoch mündliche und perſönliche Vereinbarung in Frage- und Antwortform ankomme.

Aber auch ſelbſt in dieſer freiſten und reinſten Auffaſſung wurde die Stipulatio, jemehr die freiere Sprechweiſe im täglichen Leben und bei den Rechtsgeſchäften Sitte wurde, je mehr ſchriftliche Contracte, die niemals in Frage- und Antwortform, ſondern rein affirmativ lauten, üblich wurden, wurde die von der Jurisprudenz beſtimmte, wenn auch noch ſo freie, doch immer beſtimmte Form als eine poſitive Solennität, als ein formelles Ding empfunden, als ein Gefäß gehandhabt, welches, man wußte nicht Wie! und Woher! die ſonderbare Macht hatte, jeden darin gefügten Rechtsſtoff zu civiliren. Und man gebrauchte dieſe unverſtandene Stipulation, welche in der Doctrin im Princip noch die alte ſtricte Wirkung hatte, unvorſichtig für allen möglichen Geſchäftsinhalt, wogegen die Alten ſie ſtets nur

---

*) L. 1 § 6 D. eod. (45, 1). „Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interogaverit, respondeatur Grace: dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus: an vero ad alium, Poenum forte, vel Assyrium, vel cujus alterius linguae, dubitari potest? Et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem: ita tamen ut uterque alterius linguam intellegat, sive per se, sive per verum interpretem."

**) L. 1 § 2 D. eod. (45, 1). „Si quis ita interroget, Dabis? responderit, Quidni? et is utique in ea causa est, ut obligetur."

bei einem auch ſeiner innern Natur nach ſtricten Inhalt gebraucht hatten, der es an ſich war, wie ein Darlehn an Geld, oder doch der Abſicht der Contrahenten nach hier ſein ſollte. Es waren daher in der claſſiſchen Zeit ſolche Mißgriffe im Gebrauch der Stipulation durch die Jurisprudenz und durch die Jurisdiction unſchädlich zu machen. Es wurde officium theils Praetoris, theils judicis, zu ermeſſen, ob die im vorliegenden Fall von den Partheien angewandte verborum solennitas der Stipulation überhaupt und wie weit wirklich wirkſam werden, ob und in wie weit das jussum et dictum stricte gelten könne. Das richtete ſich danach, was der concreten Natur des Geſchäfts nach die Contrahenten wirklich beabſichtigt hatten und bona fide beabſichtigen konnten; utrum bona fide id actum esset, ut stricto jure uterentur, an ut judex ex fide bona verba contractus excederet.

Wenn z. B. Gajus, welcher dem Sejus ein Darlehn von 100 zugeſagt hat, hundert vom Sejus ſtipulirt und dieſer dem Gajus dieſe Summe promittirt ohne das Geld empfangen zu haben, ſo darf ihm dieſe unvorſichtige Stipulation nicht ſchaden. Er kann rein civil betrachtet, zwar ex stipulatu auf die Hundert belangt werden, denn er hat ſie verſprochen; er kann aber gerechterweiſe nicht verurtheilt werden, denn er hat die verſprochene Zahlung nur als Rückzahlung gemeint, welche letztere ohne vorgängigen Empfang nicht gemeint werden konnte.*) Wenn ferner ein Depoſitum, Commodat, Miethcontract stipulatu eingegangen worden war, was übrigens die Alten des 5. und 6. Jahrhunderts ſo wenig tha-

*) Gaj. IV, 116. „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari. Velut si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere.“

ten, als daß ſie in jenem Beiſpiel des Darlehns vor empfangener Valuta verbis promittirt hätten, ſo wurde auch hier von der Stipulation in ſo weit abgeſehen, als dieſelbe ſich wider Billigkeit und Abſicht lautend erwies. Denn der ſpecielle Inhalt dieſer Geſchäfte läßt die abſolute Beſtimmtheit der stipulatio nicht zu, und dieſelbe bleibt als ſolche unwirkſam, obgleich ſie angewandt iſt. Wenn dagegen ein Darlehn an Geld ohne certa verba ganz allein re contrahirt war, ſo wurde es doch ſeiner innern Qualification wegen, ſoweit dieſelbe reichte, stricto jure behandelt. — Oder Jemand verſprach durch Stipulation*) an einem beſtimmten Ort etwas zu geben; ſo kann er eigentlich nach ſtrengem Recht nur an dieſem Ort belangt werden; denn von einem andern war nicht geſprochen worden. Noch eigentlicher aber nach Recht und Billigkeit kann er, wenn er ſich an jenem Ort nicht treffen läßt, an jedem andern belangt werden; denn die wahre Meinung des Stipulators war, allerdings lieber an dem beſtimmten Ort, als anderswo, aber lieber anderswo, als gar nicht zu bekommen. Und ſomit wird die Sache nicht bloß in Rückſicht des Orts, ſondern in aller Beziehung, auch in der Quantität und Intereſſeberechnung überhaupt bona fide, arbiträr, behandelt.**) Die-

---

*) L. 1 D. de eo quod certo loco (13, 4). „Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere: sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare.“

**) L. 2 § 8 D. eod. (13, 4). „Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est: utrum quantitati contractus debeat servire, an vel excedere vel minuere quantitatem debeat: ut si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci, quo conveniebatur, ratio ejus haberetur. Julianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem: cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Itaque utilitas quoque actoris veniet: quid enim, si

ſes bonae fidei judicium, was bei einem bon. fid. negotium Kauf ꝛc. ipso iure eintrat, ließ der Prätor im Fall der Stipulation utiliter gelten. *)

In der Zeit, wo die Stipulation als eine Solennität im Rechte daſtand, erzeugte ſich ein unendlicher Wuſt von Diſtinctionen, Kautelen, Unwirkſamkeiten, Nullitäten und Wirkungen, welche durch ihre inſidiöſe, rein poſitive und controverſe Natur für die Schule oft gefährlich, für das Leben noch öfter ſchädlich wirkten. Dahin gehören die für die claſſiſche Zeit ſchon rein willkührlichen Unterſchiede beſtimmter Wortfaſſungen des spondes? spondeo! des fidepromittis? fidepromitto! des fidejubes? fidejubeo! Alles dieſes nicht bloß müſſige, ſondern ſelbſt ſchädliche Formelweſen an der Stipulation wurde, ſoweit nicht das Edict und die beſſere Jurisprudenz daſſelbe überwältigt hatten, durch kaiſerliche Conſtitutionen allmählig beſeitigt. **) Ein weſentlicher Fort-

---

trajecticiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus? et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? in hanc arbitrariam, quod interfuit, veniet: et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem."

*) L. 7 D. h. t. (13, 4). „In bonae fidei judiciis, etiam si in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito, vel depositi actio competit: non arbitraria actio. § 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit."

**) z. B. L. 11. 12. 14. C. de contrah. et commit. stip. (8, 38). L. 13 cod. „Veteris juris altercationes decidentes, generaliter sancimus, omnem stipulationem, sive in dando, sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. Cur enim quod in principalibus personis justum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? Et sic existimentur hujusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando

ſchritt in dieſer Tendenz iſt die Verfügung des Kaiſer Leo, daß es bei der Stipulation auf gar keine Wortübereinſtimmung und Wortfaſſung mehr ankommen, ſondern die Stipulation wirkſam ſein ſollte, wenn nur die Abſicht *) der Contrahenten übereinſtimmend wäre, ſo daß von da an auch ſelbſt die Frage- und Antwortform nicht mehr als erforderlich zu erachten war.**) Dadurch war aber die alte Stipulation, der Verbalcontract, ſeinem eigenthümlichen Weſen nach aufgehoben, denn dieſes beruhte auf der ratio, daß ohne Worteinigkeit und Beſtimmtheit auch keine Beſtimmtheit und Einigkeit der Abſicht Statt habe, daß wo jene, da aber auch dieſe ſei, daß aber auch nur da, wo abſolut beſtimmte Einigkeit Statt finde, die Stipulation angewandt werden könne.

Die Stipulation des Juſtinianiſchen Rechts iſt nichts anderes als ein mündlich, perſönlich eingegangener einſeitiger Vertrag, dem in der Eingehung alle Solennität, wie in der Wirkung alles strictum jus nicht bloß utiliter, ſondern ipso iure abgeht, wenn auch letzteres nicht

---

fuerint conceptae, cum nihilo minus et heredes factum possint adimplere, illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Et quare, cum pene similis omnium hominum natura est, non et facta omnes, vel plus, vel paulo minus adimplere possint: ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?“ L. 8 C. de novat. (8, 42).

*) L. 10 C. de contrah. et commit. stip. (8, 38). „Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus, vel directis, sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, legibus cognitae, suam habeant firmitatem.“

**) § 1 I. de verb. obl. (III, 15). „Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt. Postea autem Leoniana constitutio lata est, quae solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscunque verbis expressum est.“

durchgreifend generell ausdrücklich von Juſtinian ausgeſprochen iſt.

§ 9.

2. Realcontract, re contracta obligatio.

Der Realcontract in ſeiner durch die Jurisprudenz ausgebildeten, abſtracten Geſtalt muß definirt werden als derjenige Contract, an welchem die civilis causa obligandi in Hingabe und Annahme unter Verpflichtung zu einer Gegenleiſtung beſteht. Wer etwas annimmt, um dafür etwas wieder zu thun, einerlei was er annahm, einerlei was er verſprach, iſt durch die Annahme civiliter verpflichtet zu dem, was er verſprach. Dieſe Geſtalt des Contrahirens, in welcher die Thatſache der Annahme von Etwas zu einer ſelbſtſtändigen, jeden Inhalt civiliſirenden Form erhoben iſt, iſt nicht die urſprüngliche, natürliche, ſondern das Reſultat von Reflexion und Abſtraction, ein künſtliches Inſtitut.

Das urſprüngliche re contrahere war, wie auch das verbis und das consensu contrahere ſeinerſeits es war, concret mit einem beſtimmten Stoff und Inhalt, als die durch dieſen ſelbſt gebotene, unmittelbar natürliche Form. Allenthalben, wo man ſich verpflichten will, eine empfangene Sache zurückgeben, und nur da ſchien durch dieſen Inhalt des Geſchäfts auch der Ausdruck deſſelben durch die That, re, gegeben zu ſein.

Es iſt dieſe Willensäußerung durch die That die allerunmittelbarſte. Die That iſt nicht bloß Erkenntnißmittel, ſondern zugleich Inhalt und zugleich Grund der entſtehenden Verbindlichkeit. Das Gegebene iſt es, was zurückgegeben werden ſoll und zurückgegeben werden muß, weil es nur zum Zurückgeben angenommen iſt. Alſo, ſobald er es angenommen und erſt wenn und wann er es angenommen, iſt der Empfänger zum Zurückgeben gehalten. Und daraus einleuchtend bedeutet und bezeichnet die res nicht bloß neben andern möglichen Zeichen die Eingehung irgend einer Obligation, ſondern iſt in Wahrheit und zwar für dieſe

Species der obligationes ad reddendum zugleich die causa obligandi, und das, wozu obligirt wird, ſelbſt. Es iſt hiemit ähnlich, wie mit der Aeußerung und Erkenntniß des reinen Gewohnheitsrechts. Bei dieſem ſind die res ipsae et facta, durch welche das Volk ſeinen Willen kund thut, nicht bloß ein dem Inhalt dieſes Willens äußerliches Deutungs- und Erkenntnißmittel, ſondern die res et facta ſind der ſich unmittelbar äußernde Inhalt ſelbſt.

Erſt ſpätere Abſtraction der Jurisprudenz faßte, wie ein Gleiches bei dem Verbalcontract geſchah, die causa rei abſtract von dem ihr weſentlich concreten Inhalt auf, ſie ſah ab von dem den alten Realcontracten weſentlichen do ut reddas idem und faßte hieraus bloß das do ut des als das Weſentliche auf, nach welcher Auffaſſung denn die res, wie die certa verba, als eine ſelbſtſtändige, jeden beliebigen Inhalt civilirende Form, als ein poſitives äußerliches Zeichen der Perfection eines jeden practiſch zweiſeitigen Vertrages daſtand.

Das urſprüngliche re contrahiren mit do ut reddas idem war ohne Zweifel ſchon vor dem edictum perpetuum in vier Species zerlegt. Die Jurisprudenz beſchäftigte ſich damit, die unterſcheidenden Eigenthümlichkeiten der in der Grund-ratio übereinſtimmenden Geſchäfte ihrer individuellen Natur nach genauer und excluſiver zu beſtimmen als dies durch die bloße Gewohnheit, welcher ſie ihren Urſprung verdanken, geſchehen war. Die vier von Altersher bekannten und benannten Realcontracte waren: mutuum, depositum, commodatum, pignus.

§ 10.

a) Mutuum, Darlehn.

Das iſt das Hingeben von Geld oder Geldesart, alſo von Sachen, die pondere, numero, mensura constant zu Eigenthum, wodurch der Empfänger dem Geber verpflichtet wird, daſſelbe, was er empfangen, wiederzugeben. *)

---

*) pr. J. quib. mod. re contrahitur obl. (III, 14). „Re contra-

1) Die Sache muß durchaus fungibel gegeben ſein; denn der Leiher nimmt die Sache, um ſie unumſchränkt zu gebrauchen, alſo auch verbrauchen zu können, und ſie dennoch zu reſtituiren. Nur bei einer fungibeln Sache iſt es möglich, dieſelbe, nachdem ſie verbraucht iſt, doch zu reſtituiren. Denn nicht das Dieſes, ſondern das Solche und Soviele wie Dieſes wird reſtituirt. *)

2) Der Empfänger muß effectiv Eigenthümer werden; denn nur dann hat er ſeinerſeits den Zweck des Geſchäfts erreicht, und kann dem nicht zum Zurückgeben verpflichtet ſein wollen, der ihm nicht ſo gegeben hat, wie es hier allein gemeint war.

3) Deshalb mußte der Geber Eigenthümer des Gegebenen ſein. **) Iſt aber fremdes Geld gegeben, ſo vindicirt der dominus daſſelbe. Wenn es aber conſumirt oder ver-

---

hitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis reddantur; unde etiam mutuum appellatum sit, quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio."

*) L. 2 § 1 D. de reb. cred. (12, 1). „Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt; quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, magis quam specie; nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest."

**) L. 2 § 4 D. eod. (12, 1). „In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias et servus, dantes peculiares nummos, obligant; id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam; nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint."

miſcht iſt, ſo hört die vindicatio, das dominium des ehemaligen dominus auf; das effective Eigenthum des Empfängers beginnt und das mutuum iſt da; denn um etwas Anderes als den Effect des Eigenthums konnte es dem Empfänger nicht zu thun ſein. *)

4) Es muß gegeben werden, um zur Zurückgabe als mutuum zu obligiren, nicht aber um zu ſchenken, zu deponiren; und es muß in derſelben Abſicht angenommen werden. **)

5) Wenn das ſo Angebotene angenommen iſt, ſo liegt ſchon in dieſer Sache deutlich genug, und erſt darin in der That der Einverſtand ſich zu verpflichten.

6) Daſſelbe, was gegeben iſt, ſoll zurückgegeben werden. Die Identität beſteht in der gleichen Zahl, Maaß, Gewicht, alſo Quantität derſelben Qualität; und dieſe Quantität muß durchaus beſtimmt, zugezählt, zugewogen, zugemeſſen ſein. Wenn daher eine Sache zum Verkaufen hingegeben wurde, damit das erlöſte Pretium dem Empfänger der Sache als Darlehn diene, ſo hat der Geber eine Rückforderungsklage, condictio, von der Hingabe an, aber die condictio ex multuo erſt von der Erhebung des Pretium an. ***)

7) Sowie er empfangen hat, ſoll er zurückgeben. Es können auch Bedingungen und andere Modificationen der Hin-

---

*) L. 13. pr. D. eod. (12, 1). „Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit, sed consumptis eis, nascitur condictio.

L. 19 § 1. „Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum, qui acceperit; item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo, qui acceperit.“

**) L. 18 D. eod. (12. 1).

***) L. 11 pr. D. eod. (12, 1) „Rogasti me ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis utereris: si vendideris, puto mutuam pecuniam factam.“

gabe, wie einer Stipulation wirkſam beigefügt werden. *) Zinſen können nicht re contrahirt werden, ſondern müſſen nebenher ausdrücklich ſtipulirt ſein, denn res iſt das Empfangene, die Zinſen aber ſind ein für das Empfangene und neben dem Empfangenen zu Zahlendes.

8) Als Gläubiger berechtigt wird der, welcher ſein Geld gab, ſein eignes oder das, was ihm geſchuldet wurde. **) Die Klage des Berechtigten iſt die condictio ex mutuo, welche wegen ihrer innern Qualification stricto jure zu behandeln billig gefunden wurde. Es muß bei ihr von den Partheien und vom Richter Qualität, Quantität, Zeit und Ort, ſoweit das billig iſt, genau eingehalten werden. ***) Der Beklagte kann nach ſtrengem Recht nie contra zu fordern haben.

§ 11.

b) Depositum, Niederlegung.

Wenn Jemand eine bewegliche Sache hingiebt, damit dieſe unentgeldlich aufbewahrt, und zu jeder Zeit, wenn

---

*) L. 7 D. eod. (12, 1) „Omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae: et ideo et condiciones."

**) L. 15 D. eod. (12, 1). „Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. Nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis."

L. 32 eod. (12, 1). „Si et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est."

***) L. 3 D. eod. (12, 1). „Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, red-

es verlangt werden ſollte, herausgegeben werde, ſo macht dies Geſchäft einen Niederlegungs= oder Aufbewahrungsvertrag, depositum. *) Die Perſonen ſind deponens, depositarius.

1) Der Zweck des Geſchäfts darf nur Aufbewahrung ſein. **) Aufbewahrung aber enthält nur, daß die Sache vor einer vermeidlichen innern oder äußern Beſchädigung behütet werde. Der Depoſitar darf ***) die Sache zu keinem andern Zweck rühren und gebrauchen, und braucht ſie zu keinen andern Zwecken zu rühren. Der Auftrag, die Sache irgendwohin zu transportiren, iſt kein depositum mehr, ſondern ein Mehreres und Anderes. †) Die Sorge für die Aufbewahrung der Sache kann

---

dere, veluti, vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est: id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum sit."

*) § 3. J. quib. mod. re contrahitur obl. (3, 14) „Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpae autem nomine, id est, desidiae ac negligentiae non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet."

**) L. 1 pr. D. depositi vel contra (16, 3). „Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Dictum ex eo, quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat, totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet."

***) L. 29 pr. D. h. t. (16, 3). „Si sacculum vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem depositum fuit, me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit."

†) L. 1 § 11 D. h. t. (16, 3). „Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi: quam actionem mihi praestabis mandati judicio conventus."

er gerne einem Andern übertragen, wenn er nur in der Wahl dieſes ſorgſam iſt. *)

2) Die Aufbewahrung muß unentgeldlich geſchehen. **)

3) Die deponirte Sache wird durch die Depoſition species. Dieſes ſelbige corpus und substantia muß bewahrt und reſtituirt werden; deponirtes Geld alſo muß, ſei es verſiegelt oder nicht verſiegelt hingegeben in specie, dieſelben Münzſtücke, reſtituirt werden. ***)

4) Die Sache durfte nicht ſchon vor der Depoſition dem Depoſitar gehören. Dann iſt kein depositum möglich und keines vorhanden, nullum depositum. †) Erwirbt aber der

---

*) L. 16 D. h. t. (16, 3). „Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum ejus, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri, apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet.“

**) L. 1 § 9 D. h. t. (16, 3.) „Si quis servum custodiendum conjecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae ejus servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit; sed, quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio; si vero nihil aliud, quam cibaria praestabat, nec de operis quicquam convenit, depositi actio est.“

***) L. 24 D. h. t. (16, 3). „Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio: quae, quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo. Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi, depositi actionem locum habere; quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.“

†) L. 15 D. h. t. (16, 3). „Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commo-

Depoſitar die Sache nach der Depoſition, ſo bleibt das Geſchäft ein depositum und damit die actio depositi.

5) Die Sache braucht nicht dem deponens zu gehören; der Dieb und Räuber können gültig deponiren. *)

6) Perfect iſt auch dieſer Vertrag ſeiner Natur nach und die obligatio des Depoſitars erſt vorhanden durch die Annahme der Sache. **)

7) Weſentlich iſt nur der Empfänger dem Geber, deſſen Klage depositi actio heißt, verpflichtet, und zwar vom Augenblick des Empfanges an die Sache wohlverwahrt zu jeder Zeit, wo es verlangt wird, ſogleich, ſoweit nicht Ort und Gegenſtand eine Zögerung unvermeidlich machen, herauszugeben. ***)

---

dati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit, aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato."

*) L. 1 § 39 D. h. t. (16, 3). „Si praedo vel fur deposuerit, et hos Marcellus libro sexto Digestorum putat recte depositi acturos; nam interest eorum, eo quod teneantur."

**) § 3 I. cit. (3, 14). „Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur."

***) L. 1 § 22. 23. 24. D. h. t. (16, 3). „Est autem et apud Julianum libro tertio decimo Digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim, si in provincia res sit, vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstitit? § 23. Hanc actionem bonae fidei esse, dubitari non oportet. § 24. Et ideo et fructus in hanc actionem venire, et omnem causam et partum, dicendum est: ne nuda res veniat."

L. 32 D. h. t. (16, 3). „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat: mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit."

L. 1 § 6. 34. 35. D. h. t. (16, 3).

8) Da der Depoſitar ſich nur zu ſolcher Aufbewahrung und Reſtitution verpflichtet, ſo muß der Deponent ihm jede auſſer dieſer Mühe zugekommene Laſt erſetzen, denn anders war es nicht gemeint, und darauf hat der Depoſitar ſein Widerrecht mit der depositi actio contraria.

9) Gegenſtand kann nur eine bewegliche Sache ſein; denn nur ſolche kann hingelegt werden, deponi.

§ 12.

c) Commodatum, Leihvertrag.

Die Abſicht einem Andern den Vortheil eines beſtimmten unentgeltlichen Gebrauchs meiner Sache zuzuwenden, iſt eine Liberalität, zu welcher es keine Rechtspflicht geben kann. Sobald aber der Ernſt dieſer Abſicht entweder verbis geäußert iſt, oder aber der auctor liberalitatis mit der That gethan hat, wie er wollte, und dieſe angenommen iſt, ſo iſt, was einſt Liberalität war, Rechtspflicht geworden, es iſt ein commodatum. Der Geber muß die Sache laſſen, wie er ſie gegeben hat, und der Empfänger hat ſie, wie er ſie bekommen hat. Recht und Pflicht iſt gegenſeitig und ungetrennt, geritur negotium invicem. Der commodatarius hat ſein Widerrecht, contraria actio, hier ſelbſtſtändig und ſofort.*)

*) L. 17 §. 1. 2 3. D. commodati vel contra (13, 6). „Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest: sicut et ceterae, quae dicuntur contrariae. § 2. Si ex facto heredis agatur commodati, in solidum condemnatur, licet ex parte heres est. § 3. Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est, commodare, ita modum commodati finemque praescribere, ejus est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est, postquam commodavit, tunc finem praescribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes, actionesque civiles.“

1) Gegenſtand des Commodats kann eine bewegliche oder unbewegliche Sache ſein. Denn beide können zum Gebrauchen gegeben werden.*)

2) Die commodirte Sache iſt als ſolche Species und muß in specie zurückgegeben werden. Commodirtes Geld ſelbſt wird species und darf nicht angegriffen werden.**)

3) Der bewilligte Gebrauch muß ein beſtimmter ſein, ſonſt wäre das Geſchäft ein praecarium. Das bringt dem Commodatar den Nachtheil, daß er nicht mehr, d. i. nicht anders, nicht länger gebrauchen darf,***) aber den Vortheil, daß er dieſes beſtimmte quod dictum oder actum est, ſo viel und ſo lange gebrauchen darf. Die früher erhobene Rückforderung vereitelt er mit der exceptio doli oder commodati contraria; die früher geſchehene Zurücknahme redreſſirt er durch die actio commodati contraria.

4) Der Gebrauch muß unentgeltlich ſein, ſonſt wäre es eine Miethe oder ein Tauſch oder dergleichen.†)

---

*) L. 1 § 1 D. h. t. (13, 6). „Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli: utendam dari etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est: idque et Cassius existimat.“

**) L. 3 § 6. L. 4 D. h. t. (13, 6). „Non potest commodari id, quod usu consumitur: nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. L. 4. Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.“

***) L. 5 § 8 D. h. t. (13, 6). „Quinimmo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Julianus libro undecimo Digestorum scripsit.“

†) § 2 I. quib. mod. re (3, 14). „Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.“

5) Die Sache braucht nicht dem commodans zu gehören.*)

6) Sie darf nicht dem Commodatar gehören.**)

§ 13.

d) Pignus, Fauſtpfand.

So heißt der Realcontract, durch welchen Jemand einem Gläubiger zur Sicherung für deſſen Forderung eine Sache zum Beſitzen als Pfand hingiebt, damit dieſer nach geſchehener Zahlung der Schuld die Sache unverſehrt reſtituire.***)

1) Jede körperliche Sache, ſowohl unbewegliche als bewegliche kann als pignus gegeben werden; denn beide können beſeſſen werden. 2) Der Geber kann für fremde, wie für eigne Schuld verpfänden. 3) Derſelbe braucht die Sache nicht zu Eigenthum zu haben, muß aber Beſitz und irgend ein Veräußerungsrecht haben. 4) Denn beides ſoll auf den Gläubiger übergehen. Alſo kein Commodatar oder Depoſitar, da er überhaupt nicht beſitzt, kein Eigenthümer, der ſchon einem Andern die Sache als pignus gab, da er nicht mehr beſitzt, kann dieſe Sache ferner als pignus vergeben; wohl aber

*) L. 15. 16. D. h. t. (13, 6). „Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus: tametsi scientes alienam possidemus;" „ita ut, etsi fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem."

**) L. 15 D. depositi (16, 3) cit. L. 18 pr. D. commodati (13, 6). „In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet." L. 5 p. § 1. 2. 3. 10. D. h. t. (13, 6). § 2 I. Quib. modis re contrahitur obl. (3, 14).

***) § 4 I. Quib. mod. re contr. obl. (3, 14). „Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: qui et ipse de ea re quam accepit, restituenda tenetur actione pigneraticia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuitu casu eam rem amiserit: securum esse, nec impediri creditum petere."

der creditor pigneratitius, da er das jus possidendi, wie das jus possessionis, den Interdictenbeſitz, hat. 5) Da das Rechtsverhältniß dieſes Contracts weſentlich im Beſitzen beſteht, ſo kann es auch erſt mit dem Beſitze entſtehen. 6) Die verpfändete Sache iſt als ſolche species. Die Klage des Gläubigers aus dieſem Contract iſt die actio pigneratitia directa, gerichtet auf Erhaltung und gehörige Reſtitution des Pfandes. Die Klage des Schuldners aus dieſem Contract, oder des Pfandgläubigers iſt die pigneratitia actio contraria wegen Eviction des Pfandes, Verwendungen ꝛc.*).

3. Conſenſualcontracte, consensu contractae obligationes.

§ 14.

a) Emtio venditio, Kaufcontract.

Emtio venditio, Handel und Wandel im weiteſten Sinn iſt ſo weit und breit, und ſo lange als die Anfänge menſchlicher Civiliſation. Aber anfänglich wird allenthalben, da das eine beſte Tauſchmittel, das Geld, noch nicht ausgemittelt iſt, von beiden Seiten eine werthvolle Species gebracht, wiewohl immer ſchon vorzugsweiſe auch damals gewiſſe genera rerum, quae pondere, numero, mensura constant, als Geld zu fungiren pflegen.

Mit der reineren Darſtellung des Geldes aber wird es allgemeinere Sitte, daß im Handel und Wandel, emtio venditio, immer von der einen Seite Geld gegeben wird, und von da an lehrte die Jurisprudenz richtig, daß bei einer rechten emtio venditio von einer Seite Geld geboten werden müſſe; jeder andere Austauſch wurde von da an gewöhnlich permutatio genannt. **)

---

*) L. 9 pr. D. de pigner. act. (13, 7). „Si rem alienam mihi debitor pignori dedit, aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est, locum habere contrarium judicium.“

**) L. 1 pr. § 1 D. de contrahend. emt. (18, 1).
L. 19 D. de act. emt. (19, 1). „Veteres in emtione venditioneque appellationibus promiscue utebantur.“

In dieſer und in andern Beziehungen von der Doctrin in ſeiner gehörigen Ausdehnung und Beſchränkung richtig beſtimmt, iſt eine emtio venditio im beſtimmten Sinne des Rechtes:

Der zwei gegenſeitige obligationes enthaltende Vertrag, wonach Verkäufer, venditor, ſich verpflichtet, irgend eine hinlänglich beſtimmte Sache ſo auf den Käufer übertragen zu wollen, daß ſelbige ihm verbleibe, wenn der Käufer, emtor, ihm den beſtimmten Werth in Geld geben zu wollen ſich verpflichte, wogegen der Käufer das Geld geben will, wenn der Verkäufer die Sache geben will.

A. Verkäufer, venditor, ſoll:

1) eine Sache, merx, liefern. a) Sache iſt hier im weiteſten Sinn genommen;*) nicht bloß corpora rerum, ſondern alles Brauchbare, nur nicht die Arbeit einer Perſon, kann verkauft werden. b) Die Sache braucht nicht eine einzige zu ſein, auch mehrere auf einmal können in Bauſch und Bogen, per aversionem, verkauft werden. c) Die Sache braucht noch nicht in natura zu exiſtiren, ſondern auch die Gewißheit oder Wahrſcheinlichkeit, daß ſie exiſtiren werde, kann verkauft werden. d) Beſtimmt muß die Sache ſein; nicht grade abſolut aber relativ, und ſo weit, daß jetzt eine Einigkeit darüber da iſt und nachher auszumitteln iſt. e) Die Sache

*) L. 34 § 1 D. de contrah. emt. (18, 1). „Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.“

L. 8 h. t. (18, 1). „Nec emtio, nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi; et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur, aut fiant, ex empto agi posse. § 1. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur; quod fit, cum captus piscium, vel avium vel missilium emitur; emptio enim contrahitur, etiam si nihil inciderit: quia spei emptio est; et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo no-

braucht zur Zeit des Vertrages nicht eigne des Verkäufers zu ſein; aber eigen ſein und werden können. *)

2) Er will ſie übertragen. a) er überträgt ſie nicht ſofort, ſondern verſpricht es. Alſo bleibt die Sache ihm, und zwar nur, um ſie für den Käufer, als wäre ſie deſſen, zu haben und zu bewachen. Er ſchuldet aus dem Verkauf die Sache, dieſelbe iſt ihm credirt, anvertraut. b) verſpricht nicht ſie ſchlechthin zu übertragen, ſondern übertragen zu wollen, d. h. daß es ſeine Schuld nicht ſein ſolle, wenn es nicht geſchehe; per se non staturum, futurum, quo minus traderetur. Er verpflichtet ſich mit Allem, was an ihm iſt, mit allem Fleiße zu haften, nicht aber für den Zufall, der unvermeidlich iſt, einzuſtehen. **)

---

mine ex empto obligatio contrahitur: quia id actum intellegitur.“

*) L. 28 D. h. t. (18, 1). „Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.“

**) § 3 I. de emt. et vend. (3, 23). „Cum autem emtio et venditio contracta sit, quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur, periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae, vel aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae, aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet. Nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. Item et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus; utique tamen vindicationem rei

3) Uebergeben, dare, tradere will er die Sache nach bona fides (ſo wie es vernünftig und billig die Abſicht ſein kann). Das bloße Hingeben iſt nicht genug, wenn die Sache nachher dem Käufer nicht bleibt. Daß ſie zu Eigenthum gegeben werde, iſt nicht nöthig. Wenn ſie dem Käufer nur bleibt, ſo muß das genug ſein. *)

4) Dann will er übergeben, ſofern nicht ein Anderes, eine frühere oder ſpätere Tradition durch Bedingung oder Termine beſtimmt iſt, wenn und wann der Käufer das Geld geben will. Geld kann er aber immer geben, alſo wenn der Käufer das Geld wirklich giebt oder anbietet. **)

B. Käufer, emtor, ſoll:

1) Geld als pretium verſprechen, und nur Geld; ***)

---

et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni injuriae actione."

*) L. 1 D. de evictionibus (21, 2). „Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem."

**) L. 13 § 8 D. de act. emt. (19, 1). „Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur; et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit."

***) § 2 I. de emt. et vend. (3, 23). „Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti an homo, an fundus, aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quaerebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere. Unde illud est, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimum esse, argumentoque utebantur graeco poeta Homero, qui aliqua parte exercitum Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

Ἔνθεν ἄρ᾽ οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ᾽ αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ᾽ αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ᾽ ἀνδραπόδεσσι.

kann nach bona fides aber ſtatt in Gelde durch datio in solutum zahlen.

2) certa pecunia, nicht abſolute, ſondern nur relative Beſtimmtheit iſt erforderlich, ſo daß nur beſtimmt iſt, wie und wann die vollſtändige Beſtimmung erfolgen werde. *).

3) verum pretium. Es muß im Ernſt gemeint ſein, nicht zum Schein, ſonſt wäre etwa eine Schenkung vorhanden; das, was im Ernſt gemeint iſt, muß ſo viel ſein, daß es im Ernſt als Pretium gemeint ſein kann.

4) justum pretium. Es muß der wahre, rechte Werth ſein. Da es ſich bloß um der Contrahenten Intereſſe handelt, ſo können ſie ſelbſt den Werth beſtimmen, weil ſie ihn am richtigſten beſtimmen werden. Dem Einen iſt jetzt dieſe Sache mehr oder weniger werth, als dem Andern, und daher darf der Eine den Andern ſcheinbar übervortheilen,**) weil es in Wahrheit ein gegenſeitiges Bevortheilen iſt. Das hat aber ſeine Gränze, und das Recht nimmt an, daß die Differenz zwiſchen objectivem Werth und individuellem Intereſſe niemals über die Hälfte oder über das Doppelte differiren könne,

---

Diversae scholae auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem. Alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse; nam utramque videri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit."

*) L. 7 § 1 D. de cont. emt. (18, 1). „Hujusmodi emptio, quanti tu eum emisti; quantum pretii in arca habeo, valet; nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est."

**) L. 22 § 3 D. locati conducti (19, 2). „Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est."

und daß, wer darüber hinaus übervortheilt ſei, nicht bei dem Vertrage zu verbleiben brauche*), wenn er ſich übervortheilt findet; denn unter redlichen Leuten kann nur gegenſeitige, aber nicht einſeitige Uebervortheilung und Bevortheilung gemeint ſein.

Der Kaufcontract iſt perfect, und damit gegenſeitige Forderung und Verbindlichkeit vorhanden, ſobald die Contrahenten ſich über die Waare und über das pretium einig ſind.**)

---

*) L. 2 C. de rescind. vend. (4, 44). „Rem majoris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus, fundum venum datum recipias, auctoritate judicis intercedente; vel, si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.“

**) L. 8 D. de periculo et commodo (18, 6). „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et, si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emptio. Quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si extiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum ajunt. Idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in praeteritum.“

L. 35 § 5. 6. 7. D. h. t. (18, 1). „In his, quae pondere, numero, mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio; modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint: nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut

Der Verkäufer hat die actio venditi gegen den Käufer, und der Käufer die actio emti gegen den Verkäufer. In beiden Klagen wird nicht verfolgt und geſchuldet, was zugeſagt, ſondern was nach Erwägung aller zu erwägenden Umſtände, gegenſeitig zugedacht und zugetraut war; Mehr oder Weniger, Daſſelbe oder Anderes, als geſagt worden.*)

---

in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint: quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris. § 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula corpora certo pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus. § 7. Sed et si ex doliario pari vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulos eos."

*) L. 6 § 1 D. de cont. emt. (18, 1). „In emtis enim et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est."

L. 1 pr. D. de act. emt. (19, 1). „Si res vendita non traditur, in id, quod interest, agitur; hoc est, quod rem habere interest emptoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est."

L. 13 § 19. 20 eod. (19, 1). „Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quae ei ab emptore praestari oportet. § 20. Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium quanti res venit; item usurae pretii post diem traditionis; nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere."

§ 15.

b) Locatio conductio, Miethcontract.

Oft bringt es das Intereſſe beider Theile ſo mit ſich, daß der Eine zwar nicht des Anderen Sache ſelbſt für immer, aber einen beſtimmten Gebrauch derſelben kaufen möchte, und der Andre dieſen Gebrauch, der ihm ſelbſt jetzt entbehrlich, für den gebotenen Preis abſtehen möchte. Das älteſte Recht wagte und wußte aus mancherlei Gründen ſolches Geſchäft nicht anders, als durch fiducia, durch Eigenthumsübertragung der Sache ſelbſt zu ſchließen.*)

Schon das ältere Recht aber erfand für dieſen Zweck den Miethcontract, locatio conductio, d. i. der durch jede Art der Willensäußerung und Einigkeit perfecte, weſentlich gegenſeitige Contract, zufolge deſſen der Miether, conductor, ſich verpflichtet, einen beſtimmten Preis dafür zu zahlen, daß und wenn der Vermiether, locator, ihm dieſe oder ſolche Sache zu dieſem beſtimmten Gebrauch, oder dieſen beſtimmten Gebrauch der Sache gewähren wolle und könne; der Vermiether verſpricht, den beſtimmten Dienſt zu leiſten, ſofern ihm der beſtimmte Preis, Lohn, merces, gezahlt werde.

Der vom Vermiether zu leiſtende Dienſt kann entweder Gewährung einer Sache oder Leiſtung einer Arbeit einer Perſon ſein, und danach locatio conductio rerum oder locatio conductio operarum unterſchieden werden. Iſt der Gegenſtand der Miethe ein ländliches Grundſtück, ſo heißt der Pächter colonus; iſt es ein Wohngebäude, ſo heißt er inquilinus. Wenn bei der locatio conductio operarum der Dienſt in einem beſtimmten, abgeſchloſſenen Werke beſteht, ſo heißt das Geſchäft auch opus locatum, oder locatio conductio operis; der Werkmeiſter, der locator operarum heißt conductor operis, der Werkherr, der conductor operarum, locator operis.

A. Der Vermiether

1) bei der Sachenmiethe iſt ſchuldig, dem Miether die Sache zu dem beſtimmten Gebrauche, ſo weit ihm ſelbſt derſelbe zu Gebote ſteht und entbehrlich iſt, zu gewähren,

---

*) Vgl. oben p. 106 § 9.

rem habilem praestare, oder Erſatz zu leiſten, ſofern er irgendwie durch ſeine Schuld dieſe Verbindlichkeit nicht erfüllt.

a) Zu Gebote ſtehender Gebrauch. Von wo an der Vermiether ſelbſt die Nutzbarkeit ſeiner Sache nicht mehr hat, von da an kann er dieſelbe auch dem Miether nicht mehr gewähren wollen, kann ohne Unredlichkeit keine merces mehr von demſelben fordern; wie auch der Miether von da an weder den Gebrauch oder Entſchädigung wegen Nichtleiſtung fordern kann. Wenn das vermiethete Haus zufällig abbrennt, ſo iſt von da an ſo wenig eine wirkliche Miethe,*) als überhaupt ein Kauf war, wenn die verkaufte Sache niemals exiſtirte.**) Wenn die Früchte des verpachteten Grundſtücks vor der Perception durch einen unvermeidlichen und ſchweren Schaden betroffen werden, muß ein verhältnißmäßiger Nachlaß an der Pacht, remissio mercedis, ſtattfinden. Der Vermiether und Verpächter darf nicht zum Schaden des Miethers und Pächters gewinnen; denn hätte er nicht vermiethet, ſo hätte er doch den Schaden gehabt; denn der Schade traf die Sache, welche der Vermiether für ſich behält. Anders beim Verkäufer; denn die wirklich verkaufte Sache hat der Verkäufer nicht für ſich, alſo hat ſie nicht, ſondern für den Käufer; alſo hat, wenn auch nicht ipso iure, doch effectiv dieſer die Sache,

---

*) L. 19 § 6 D. locati conducti (19, 2). „Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit, ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum; non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret.“

L. 25 § 6 D. eod. (19, 2). „Vis major, quam Graeci Θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus; alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum dominio fundi partitur.“

**) Vgl. unten über den Casus.

und damit auch, wenn nicht ipso iure, doch effectiv den Schaden, wie den Vortheil, welcher die Sache betrifft. Der Miether darf weder den Schaden noch den Vortheil der Sache ſelbſt haben, weil er die Sache nicht hat, weder jure noch auch utiliter.

b) entbehrliche Nutzbarkeit ſoll gewährt werden. Kann der Vermiether die Sache für den eigenen Gebrauch nicht länger entbehren, ſo darf er gegen Entſchädigung die Miethe aufheben, ſo daß er alſo auch effectiv Herr der Sache bleibt.

c) Den beſtimmten Gebrauch bekommt der Miether ganz; darf alſo nicht bloß unmittelbar ſelbſt gebrauchen, ſondern kann auch weiter vermiethen.

2) Die Dienſtmiethe erfordert, daß:

a) der Dienſt ein veräußerlicher, erlaubter ſei, der ſich mit Ehre und Ehrbarkeit verträgt.

b) Die Dienſte müſſen ſolche ſein, die mit Ehren für Geld geleiſtet werden können, das ſind operae illiberales.

c) Dieſelben müſſen einen in Geld beſtimmbaren Werth haben; die manumissio eines Sclaven kann nicht Gegenſtand einer locatio conductio ſein. *)

d) Der Vermiether der Dienſte kann, ſoweit der Dienſt ein vertretbarer iſt, ſich vertreten laſſen.

e) Er kann ſeinen Lohn fordern, ſo lange er dienſtfähig und dienſtwillig iſt. **)

---

*) L. 5 § 2 D. de praescriptis verbis (19, 5). „Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi.“

**) L. 25 § 7 D. locati conducti (19, 2). „Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.“

B. Der Miether hat dagegen einen, wie beim Kauf, beſtimmten Preis, Lohn, merces, zu zahlen, welcher in der Regel in Geld beſtimmt werden muß, bei Verpachtungen aber auch in Fruchtquoten beſtehen kann (colonia partiaria), und hat die Sache mit allem Fleiße vor Beſchädigung zu bewahren. *)

Die Klage des Miethers heißt actio conducti, die des Vermiethers actio locati. **) Dieſe Klagen ſind, wie die Klagen aus dem Kaufcontract, bonae fidei, und auf Verfolgung aller gegenſeitigen Anſprüche, auf Erfüllung des Contracts oder auf Entſchädigung wegen Nichterfüllung zu richten.

§ 16.

c) Mandatum, Gewaltgabe, Bevollmächtigung.

Das Mandat iſt der weſentlich nur einſeitige Conſenſualcontract, ***) durch welchen der eine Contrahent ſich dem andern verbindet für denſelben zu deſſen Vortheil unentgeltlich irgend ein erlaubtes Geſchäft zu führen, wodurch jener Bevollmächtigter, procurator, mandatarius, dieſer Gewaltgeber, mandans, wird.

L. 38 pr. eod. (19, 2). „Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet."

*) § 5 I. de locat. et cond. (3, 24). „Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus exhibet; quam si praestiterit et aliquo casu eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur."

**) pr. I. eod. (3, 24). „Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit: sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit, et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti."

***) L. 1 pr. D. mandati vel contra (17, 1). „Obligatio mandati consensu contrahentium consistit."

1) *Zum Vortheil des Mandanten.* Es relevirt hier nicht, ob der Vortheil ein unmittelbar eigner des Mandanten oder ein indirecter zunächſt Dritten zufallender iſt, ob es ein pecuniäres, oder ein unmittelbares Intereſſe betrifft, ob der Auftrag *nebenbei auch* einen Vortheil für den Mandatar enthält. Nur darf *nicht lediglich der Vortheil des Mandatars* erzielt werden, wodurch der Auftrag mehr ein *unverbindlicher Rath*, als ein *verbindliches Mandat* werden würde; denn in Hinſicht ſeiner lediglich eigenen Intereſſen iſt und bleibt Jeder frei und iſt Niemandem Gehorſam und Rechenſchaft ſchuldig.*)

2) *Unentgeltlich.* Denn ſobald eine merces oder eine andere Remuneration zum weſentlichen Beſtandtheil des Geſchäfts

---

*) L. 2 D. eod. (17, 1). „Mandatum inter nos contrahitur, sive *mea tantum gratia* tibi mandem, sive *aliena tantum*, sive *mea et aliena*, sive *mea et tua*, sive *tua et aliena*. Quod si *tua tantum* gratia tibi mandem, *supervacuum* est mandatum, et ob id *nulla ex eo obligatio* nascitur. § 1. *Mea tantum* gratia intervenit mandatum, veluti, si tibi mandem, ut *negotia mea geras*, vel ut fundum mihi emeres, vel ut *pro me fidejubeas*. § 2. *Aliena tantum*, veluti si tibi mandem, ut *Titii negotia gereres*, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo fidejubeas. § 3. *Mea et aliena*, veluti, si tibi mandem, ut *mea et Titii negotia* gereres, vel ut mihi et Titio fundum emeres, vel ut pro me et Titio fidejubeas. § 4. *Tua et mea*, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur. § 5. *Tua et aliena*, veluti, si tibi mandem, ut *Titio sub usuris* crederes; quod si ut *sine usuris* crederes, *aliena tantum* gratia intervenit mandatum. § 6. *Tua* autem gratia intervenit mandatum, veluti, si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, quam in emptiones praediorum colloces; cujus generis mandatum magis *consilium* est, quam *mandatum*, et ob id *non est obligatorium*, quia nemo ex consilio obligatur, etiam si non expediat ei, cui dabatur; quia *liberum est cuique*, apud se *explorare*, an *expediat sibi consilium*.“

L. 6 § 5 eod. (17, 1). „Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si *non esses facturus*, *nisi ego mandassem*, et si *mea non* interfuit, *tamen* erit mandati actio.“

gemacht würde, würde eine locatio conductio operarum,*) oder ein unbenannter Contract, ein facio ut des entſtehen, ohne daß jedoch die bloße Adjection eines Honorars den Begriff des Mandats ausſchlöſſe.**)

3) Geſchäft. Alle erlaubte***) Geſchäfte, einerlei welches Inhalts, liberale, wie illiberale, ſchätzbare oder unſchätzbare Dienſte, einerlei welches Umfangs, ein einzelnes Geſchäft, ein beſtimmter Kreis von Geſchäften, die Geſammtangelegenheiten können mandirt werden, nur müſſen dieſelben aus der Perſon des Mandanten vertretbar ſein.

4) Ebenſo kann der Mandatar, inſofern der Dienſt in ſeiner Perſon ein vertretbarer iſt, ſofern dem Mandanten nicht grade daran lag, daß durch dieſen Mandatar, ſondern nur, daß dieſe Sache gethan werde, weiter mandiren.†)

5) Für den Mandanten, d. i. anſtatt des Mandanten will er handeln, d. i. ſeine That als dem Mandanten gehörig, deſſen

*) L. 1 § 4 D. h. t. (17, 1). „Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces; interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.“

**) L. 6 pr. D. h. t. (17, 1). „Si remunerandi gratia honor intervenit erit mandati actio.“

***) L. 6 § 3 D. h. t. (17, 1). „Rei turpis nullum mandatum est, et ideo hac actione non agetur.“

§ 7 I. de mandato (3, 26). „Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est; veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet; licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.“

†) L. 8 § 3 D. h. t. (17, 1). „Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur; tenetur autem, quia agere potest. Quamquam enim vulgo dicatur, procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est; ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.“

Geſchäft als ſein eignes betrachten, muß folglich daſſelbe mit allem Fleiße führen,*) der mit Recht von Jedem erwartet wird, welcher mit fremden Sachen zu thun hat.

Der Mandant hat gegen den Mandatar die actio mandati directa auf Ausführung ſeines Auftrags,**) auf Zuwendung und Uebertragung alles desjenigen, was der Mandatar für ihn ausgerichtet und erworben***) und damit auch auf Abtretung der gegen dritte erworbenen Anſprüche, †) auf Rechnungsablage, ††) auf Entſchädigung wegen desjenigen, was er durch die geringſte Nachläſſigkeit verſäumt hat.

6) Nur ſeine Mühe hat der Mandatar zu Gunſten des Mandanten verwenden wollen. Anderweitige Aufwände müſſen ihm alſo erſetzt werden, und zwar nicht bloß poſitive, ſondern ſelbſt negative, durch ſolche Verſäumniſſe, deren Auſ-

---

*) L. 13 C. mandati vel contra (4, 35). „A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, iuris auctoritate manifeste declaratur.“

**) L. 8 § 6 D. h. t. (17, 1). „Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius, qui mandavit; ceterum, si nihil interest, cessat mandati actio.“

***) L. 8 § 10 D. eod. (17, 1). „Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas.“

†) L. 45 pr. D. eod. (17, 1). „Si mandatu meo fundum emeris, utrum, cum dederis pretium, ageres mecum mandati, an et antequam des, ne necesse habeas res tuas vendere? Et recte dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem, quae adversum te venditori competit; nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti actiones.“

††) L. 46 § 4 D. de procuratoribus (3, 3). „Procurator, ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet. Itaque quod ex lite consecutus erit, sive principaliter ipsius rei nomine, sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati judicio restituere, usque adeo, ut et si per errorem, aut injuriam judicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.“

ſeracht laſſung nach billigem Ermeſſen nicht in der Abſicht des Geſchäftes liegen konnte. Auf dieſe und andre billige Gegenforderungen hat der Mandatar die actio mandati contraria.*)

7) Das Mandat kann durch willkührliche Kündigung von beiden Seiten beendet werden, wobei jedoch Jeder den aus einer unzeitigen Kündigung dem Andern erwachſenden Schaden erſetzen muß.**)

Nach ſtrengem Recht kann das Mandat als eine Angelegenheit zwiſchen dieſen beiden Perſonen gar keine Exiſtenz für Dritte haben. Nützlichkeit und Billigkeit jedoch führten auf eine Erweiterung oder Vereinfachung der Mittel, auf welche das ältere Recht für die Erreichung eines ſolchen Erfolges beſchränkt war.

In Folge dieſer Billigkeit iſt der Mandant für den Fall, daß Dritte dem Mandatar als ſolchem ſchuldig geworden ſind, nicht auf ſeine Mandatsklage gegen dieſen beſchränkt, ſondern kann utiliter die dem Mandatar gegen jene zuſtändigen Klagen ſelbſt anſtellen.

Der Dritte, welcher ſich den Mandatar verpflichtete, kann nach ſtrengem Recht nur gegen dieſen klagen, nicht aber gegen den Mandanten, mit welchem er nicht unmittelbar contrahirte. Das gleichmäßige Intereſſe aller Betheiligten jedoch bewog ſchon früh das Edict in einzelnen Fällen die tiefere Wahrheit der Sache gelten zu laſſen, die Wahrheit, daß der

---

*) L. 12 § 7 D. h. t. (17, 1). „Contrario judicio experiuntur, qui mandatum susceperunt; utputa qui rerum vel rei unius procurationem susceperunt."

L. 27 § 4 h. t. (17, 1). „Impendia mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent; nec ad rem pertinet, quod is, qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere."

**) L. 15 D. h. t. (17, 1). „Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripissem, ne emeres, tu antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum."

Dritte, wenn auch mittelbar durch den Mandatar, doch effectiv mit dem Mandanten zu thun hat.

Der Prätor edicirte, daß derjenige, welcher mit dem bevollmächtigten Führer eines Schiffes, magister navis, in Beziehung auf deſſen Schiffsführung und innerhalb der Vollmacht contrahirt hätte, nicht bloß gegen den Magiſter, ſondern auch gegen den Rheder, exercitor, die gegen jenen erworbene Klage mit der Adjectio: exercitoria ſolle anſtellen können.*) Auf gleiche Weiſe ſolle ſich der Geſchäftsherr aus den Geſchäften, welche der von ihm geſetzte Factor, institor, d. i. der einem beſtimmten Geſchäftskreiſe, einem Geſchäfte, vorgeſetzte ſtehende, beſtändige Geſchäftsführer, geſchloſſen, ſelbſt belangen laſſen**) mit der betreffenden Klage, welche hier den Bei-

---

*) L. 1 pr. § 1 D. de exercitor. act (14, 1). „Utilitatem hujus Edicti patere, nemo est, qui ignoret; nam cum interdum ignari, cujus sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit major necessitas contrahendi cum magistro, quam institore, quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat, et sic contrahat, in navis magistro non ita; nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium. § 1. Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.“

**) L. 1 D. de instit. act. (14, 3). „Aequum Praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum, et conveniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit; sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus, adquisitis sibi actionibus; si autem vel alienum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur; ipsum tamen institorem, vel dominum ejus convenire poterit, vel mandati, vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait, debere dari actionem ei, qui institorem praeposuit, in eos, qui cum eo contraxerint.“

L. 3. eod. (14, 3). „Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet, nec multum facit, tabernae sit praepositus, an cuilibet alii negotiationi.“

ſatz: institoria erhält. Wurde mit dem magister oder institor z. B. ein Verkauf, eine Dienſtvermiethung contrahirt, ſo würde die Klage gegen den exercitor: venditi, locati actio exercitoria, gegen den dominus negotiationis: venditi, locati actio institoria heißen.

§ 17.

d) Societas, Geſellſchaftscontract.

Das iſt der durch bloßen Conſens perfecte Vertrag, durch welchen Zwei oder Mehrere ſich gegenſeitig verpflichten, irgend eine Vermögensgemeinſchaft mit einander zu halten.

1) Die beabſichtigte Gemeinſchaft kann dem Inhalt nach auf Gebrauch, auf Verwaltung, auf Erwerb, dem Umfange nach auf einen beſtimmten Theil des Vermögens oder auf das ganze Vermögen der Contrahenten gerichtet ſein.

2) Die einzelnen socii können in Qualität und Quantität verſchiedene Verbindlichkeiten und Beitragsleiſtungen für den gemeinſchaftlichen Zweck übernehmen, ſo wie auch verſchiedene Theilnahme am Gewinn und Verluſt eingehen. Aber gegen den Begriff der Gemeinſchaft wäre es, daß Einer allen Gewinn, der Andere allen Verluſt davon trüge. *)

---

*) pr. I. § 1. 2 de societate (III, 25). „Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique. § 1. Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro, et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent. Nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia. § 2. De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Sejus inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duae partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existi-

3) Jeder socius hat gegen jeden socius die **Verbindlichkeit**, die ihm nach ausdrücklicher oder ſtillſchweigender Vereinbarung obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, und zwar mit dem **Fleiße**, welchen er in **ſeinen Angelegenheiten** anzuwenden pflegt, diligéntia, **quam in suis** rebus adhibere solet, mit keinem geringeren Fleiße, denn durch die Societät ſind die fremden Angelegenheiten eigne geworden, mit keinem größeren, denn wer ihn zum socius nahm, zeigte ſich dadurch mit **ihm** und **ſeiner** diligentia **zufrieden**.**) Jeder socius hat gegen

---

mavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, **cujus sententia praevaluit, contra** sensit, quia saepe quorundam ita **pretiosa** est **opera** in societate, ut **eos** justum sit **condicione meliore** in societatem admitti. Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut **alter pecuniam** conferat, **alter non** conferat, et **tamen lucrum** inter eos **commune** sit, quia saepe **opera** alicujus pro **pecunia** valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut **quis lucri partem ferat, de damno non teneatur**, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in **aliqua re lucrum**, in **aliqua damnum** allatum sit: **compensatione facta, solum quod superest**, intelligatur **lucri** esse."

L. 29 § 2 D. pro socio (17, 2). „Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut **alter lucrum tantum**, **alter damnum** sentiret, et hanc societatem **leoninam** solitum appellare; et nos consentimus, talem societatem **nullam** esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullam lucrum, sed damnum sentiret; iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet."

) § 9 J. de societate (III, 25). „Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid **dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam **culpae**, id est, **desidiae** atque **negligentiae** nomine, quaesitum est. **Praevaluit** tamen, **etiam culpae** nomine teneri eum. **Culpa** autem **non** ad **exactissimam** diligentiam dirigenda est. Sufficit enim **talem diligentiam** in **communibus** rebus adhibere socium, **qualem suis rebus adhibere solet**. Nam qui **parum diligentem** socium **sibi adsumit**, de se queri, hoc est, **sibi** imputare debet."

jeden die entſprechende Berechtigung. Auf Erfüllung dieſer gegenſeitigen perſönlichen Verbindlichkeiten für Erreichung des gemeinſchaftlichen Zwecks und Vermeidung deſſen, was demſelben zuwider iſt, geht die actio pro socio, welche alſo z. B. auf Rechnungsablage, Entſchädigung, Mittheilung und Uebertragung des für die Societät Erworbenen gerichtet werden kann. In letzterer Beziehung iſt zu bemerken: bei der univerſellen Societät iſt der während beſtehender Societät von einem socius gemachte Erwerb ipso jure gemeinſchaftlich, wie bei der Entſtehung derſelben zugleich mit der contractlichen Einigkeit ohne körperliche Uebertragung das beiderſeitige Vermögen gemeinſchaftlich wird;*) denn kein socius kann hier irgend etwas noch für ſich allein haben wollen. Bei particulairer Societät bedarf das von einem socius Erworbene erſt der Uebertragung, um gemeinſchaftlich zu werden.**)

4) Von aller Gemeinſchaft ausgeſchloſſen iſt ſelbſt bei univerſeller Societät a) das durch Delict Erworbene; denn der Delinquent kann nicht rechtlich ſchuldig ſein mitzutheilen, was er ſelbſt nicht recht hat***) b) das, was ein socius durch ſein De-

---

*) L. 1 § 1 l. 2. 3. D. pro socio (17, 2) „In societate omnium bonorum omnes res, quae coëuntium sunt, continuo communicantur; L. 2. quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.“ L. 3. Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestari debent.“

**) L. 74. D. eod. (17, 2). „Si quis societatem contraxerit, quod emit, ipsius fit, non commune; sed societatis judicio cogitur rem communicare.“

***) L. 52 § 16. 17 D. h. t. (17, 2). „Socium universa in societatem conferre debere, Neratius ait, si omnium bonorum socius sit; et ideo, sive ob injuriam sibi factam, vel ex lege Aquilia, sive ipsius, sive filii corpori nocitum sit, conferre debere respondit. § 17. Ibidem ait, socium omnium bonorum non cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit.“

L. 53. 54 eod. (17, 2). „Quod autem ex furto, vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque

lict zur Strafe verwirkt; denn die Strafe iſt gegen die Perſon gerichtet, die Societät iſt nur auf das Vermögen gerichtet.*)

5) Auf reelle Theilung deſſen, was in Folge der Societät Geſammtgut geworden iſt, geht nicht die actio pro socio, denn es handelt ſich um keine Verbindlichkeit, welche ſie als socii haben, ſondern die actio communi dividundo;**) denn es handelt ſich um eine Verbindlichkeit, die ſie als condomini gegen einander haben.

6) Da die Societät nicht, wie eine universitas außer und über ihren Gliedern beſteht, ſondern dieſe Societät weſentlich dieſe socii iſt, ſo iſt dieſelbe aufgelöſt, ſobald ſie nur einen socius verliert, geſchehe das nun durch freiwilligen Austritt, durch bürgerlichen oder natürlichen Tod.***)

---

foeda communio est. Plane, si in medium collata sit, commune erit lucrum. L. 54. Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit."

*) L. 52 § 18 D. h. t. (17, 2). „Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum, si quid ob injuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur, ut praestet. Et Atilicinus, Sabinus, Cassius responderunt, si injuria judicis damnatus sit, consecuturum, si ob maleficium suum, ipsum tantum damnum sentire debere; cui congruit quod Servium respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad judicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens injuriam judicis passus sit, de communi sarciendum."

**) L. 38 § 1 D. h. t. (17, 2). „Si tecum societas mihi sit, et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero, quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio, vel communi dividundo me consecuturum; et altera actione alteram tolli Proculus ait.

***) § 4—8 I. h. t. (III, 25). „Manet autem societas eousque donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renunciaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renunciaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si

§ 18.

4. Litteralcontract, Litteris contracta obligatio.

Der eigentliche Litteralcontract, von welchem es im Juſtinianiſchen Recht kein Beiſpiel mehr giebt, war im ältern Recht derjenige, deſſen causa in einer beſtimmten Schriftform, proprietas scripturae, beſtand.*)

Ein ſolcher konnte z.B. geſchloſſen werden durch die Scriptur in den Hausbüchern, codices accepti et expensi, deren Führung in älterer Zeit ziemlich allgemein Sitte geweſen zu ſein ſcheint, und in welchen man die Schuldverhältniſſe, nomina, und zwar die Forderungen als expensa, die Schulden als accepta einzutragen (expensum acceptum ferre) pflegte. Das Genauere aber darüber, wie dieſe Aufzeichnung zum Behuf der gültigen Obligirung und der Sicherung des Beweiſes geſchah, iſt uns nicht überliefert.

---

totorem bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quidquid omnino post renunciatam societatem adquiritur, soli conceditur. § 5. Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. § 6. Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas. § 7. Publicatione quoque distrahi societatem, manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur; nam cum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur. § 8. Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit, et ideo propter publica aut privata debita, substantia ejus veneat, solvitur societas, sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas."

*) Gajus III, 136. — pr. J. de litterar. obl. (III, 21) „Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu."

Der Literalcontract war gleich dem Verbalcontract ein formeller, und konnte daher wie dieſer zur Novation einer ſchon beſtehenden Obligation angewandt werden. Eine ſolche nicht principaliter litteris contrahirte, ſondern aus einer andern causa exiſtente und litteris nur novirte Obligation hieß dann „nomen transcriptitium.“ *)

Da nach dem Obigen das Weſentliche des Literalcontracts darin beſteht, daß die Scriptur, und zwar in einer beſtimmten Form die causa ausmache, ſo iſt einleuchtend keine Literalobligation vorhanden, wo bei einer anderweitig begründeten Obligation **) die ſchriftliche Aufzeichnung ſei es in beſtimmter Form, oder ohne dieſe, willkührlich oder geſetzlich, nur des Beweiſes wegen angewandt, oder als bloßes Criterium der Perfection beliebt oder vorgeſchrieben iſt.

Wenn es heißt, daß eine Schuldverſchreibung, durch welche Jemand den Empfang eines Darlehns beſcheinigt, innerhalb der Friſt von zwei Jahren dem Gläubiger nicht einmal als Beweismittel ſeiner Darlehnsforderung nützen, nach Ablauf von zwei Jahren aber ihm unbedingt den Ausſteller verpflichten ſolle, ſo iſt die Meinung des Geſetzes nicht, daß die Schrift durch Zeitlauf ſich aus einem unwirkſamen Beweismittel in eine wirkſame causa obligandi verwandle,

*) Gaj. III, 128, 129, 130. „Litteris obligatio fit, veluti in nominibus transcriptitiis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam. A re in personam transcriptio fit veluti si id, quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. A persona in personam transcriptio fit veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.“

**) Gaj. III, 131. „Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his enim rerum, non litterarum obligatio consistit; quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae jure naturali facit obligationem; qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.“

und alſo das Geſchäft aus einem Realcontract in einen Literalcontract convertirt würde; ſondern die Schrift wird durch eine praesumtio juris et de jure ein vollgültiges Beweismittel der im Empfange des Geldes, in re beſtehenden causa obligandi. Die Präſumtion ſtützt ſich auf die allgemeine Wahrſcheinlichkeit, daß der Ausſteller der Verſchreibung, wenn er nicht wirklich die verſchriebene Summe angezahlt erhalten hätte, nicht über zwei Jahre die Rückforderung der Verſchreibung verſchoben haben würde *)

Wenn ferner bei einem Kaufcontracte oder bei einem andern durch Conſens perfecten Vertrage ſchriftliche Aufzeichnung von den Contrahenten beliebt worden, ſo iſt allerdings das Geſchäft nicht eher perfect, als bis die ſchriftliche Aufzeichnung und Unterzeichnung erfolgt iſt. Dennoch iſt auch in dieſem Fall das Geſchäft um nichts weniger consensu contrahirt; aber es mußte, ſo lange nicht das Gegentheil erkennbar war, vermuthet werden, daß die Contrahenten ihren Conſens bis zu dieſem Moment ſuspendiren wollten. Die Schrift iſt demnach hier nicht die causa ſelbſt, ſondern nur das durch präſumtiven Conſens beliebte Criterium des Daſeins der causa, nämlich des Conſenſes über den beſtimmten Vertragsinhalt **)

---

*) I. de litter obl. (III, 21). „Plane si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata, post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex Principalibus Constitutionibus usque ad quinquennium procedebat; sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per Constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.“

**) pr. I. de empt. et vend. (3, 23). „Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptio-

§ 19.

B. Die *unbenannten* Contracte, contractus, quorum *appellationes nullae* jure civili proditae sunt.

Es ſcheint, daß durch die *genannten* Contracte in ihrer abgeſchloſſenen Begränzung *ſchon am Ende der Republik* nicht allen Bedürfniſſen des rechtlichen Verkehrs geholfen ſein konnte. Dagegen aber muß erwogen werden, daß eben das Gebiet der genannten Contracte *anfänglich* und *auch zu jener Zeit* dieſe enge, beſtimmte Begränzung, in welcher wir ſie kennen lernten, und welche *erſt* die *Doctrin allmählig herbeiführte*, noch nicht hatte, ſondern daß vielmehr eine Menge ſpäter ausgeſchloſſener Geſchäfte damals *innerhalb* der minder genau beſtimmten Gränzen der *benannten*, *vulgären* Contracte noch Platz fanden. Dahin gehört z. B. der ſpäter ſogenannte *Emphyteutiſche* Contract, der *Tauſch*, welche unter der *damaligen* emtio venditio,*) das *precarium*, welches unter dem *commodatum*, der *Tröbelcontract*, welcher unter dem *Mandat*, oder der *locatio conductio* ihren Platz fanden;

---

nis et venditionis *contractae*. Sed haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae *sine scriptura* consistunt, obtinere oportet; nam nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est. In iis autem, quae *scriptura* conficiuntur, non aliter *perfectum* esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et *instrumenta* emptionis fuerint *conscripta*, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a *contrahentibus* autem *subscripta*; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. *Donec enim aliquid deest ex his*, et *poenitentiae* locus est, et potest emptor vel venditor *sine poena recedere* ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam *arrharum* nomine aliquid fuerit datum; *hoc etenim subsecuto*, sive in scriptis, sive sine scriptis, venditio celebrata est, is qui *recusat* adimplere contractum, si quidem est *emptor*, *perdit* quod dedit, si vero *venditor*, *duplum restituere* compellitur, licet super arrhis nihil expressum est.“

*) Gaj. III. § 145. 146. 147. L. 1 pr. D. de contrah. emt. (18, 1).

abgeſehen davon, daß häufig die damals grade geläufige Stipulation aushalf. Als nun aber allmählig die genauere Beſtimmung und Abgränzung der benannten Contracte ſich geltend machte, wußte die Dortrin und Praxis bei einem großen Theile des durch dieſe Operation ausgeſchloſſenen Stoffes, die Klagbarkeit, die derſelbe ehemals aus dem Grunde der Identität und Einerleiheit mit irgend einem benannten Contracte hatte aus dem Grunde der Analogie und Verwandtſchaft mit einem ſolchen zu erhalten. *)

Darin aber iſt die Römiſche Doctrin nicht ganz frei vom Vorwurf der Künſtelei und Einſeitigkeit, daß ſie hier lediglich die Analogie des Realcontracts gelten ließ, und forderte; wogegen die Analogie irgend eines Conſenſualcontractes oft ungleich näher lag. Der Tauſchcontract z. B. iſt ſeiner innern Natur nach einem Kaufe viel ähnlicher als irgend einem benannten Realcontracte. Denn das allgemeine Weſen dieſer aller iſt, daß gegeben wurde, um daſſelbe zurückzuempfangen, und lediglich aus dieſem Inhalte des Zurückgebens iſt die Hingabe, die res, die dieſen Contracten conveniente und natürliche causa. Oder das allen benannten Realcontracten gemeine Weſen, ratio, iſt nicht bloß Ge-

*) L. 1 D. de praescr. verbis (19, 5). „Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis, et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. § 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit. § 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit: sed, non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio.“

L. 2. 3. 4. eod. „Nam, cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est. L. 3. In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt. L. 4. Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.“

ben um zu Empfangen, res ob rem data, ſondern eben ſo allgemein alſo weſentlich das dari ut reddatur idem, quod datum est. Auſſer dieſer allgemeinen ratio hat freilich noch jeder ſein eigenthümliches Weſen in einer beſtimmten causa dandi, z. B. pignoris, mutui &c. Von dieſer individuellen Eigenheit allein durfte ein genaues Analogiſiren abſtrahiren. Es wurde dagegen in der That nicht bloß von dieſer ſpeciellen causa dandi, ſondern auch von einem weſentlichen Theil der allgemeinen ratio, nämlich von dem ut idem reddatur abgeſehen, und als die ratio willkührlich und einſeitig nur das Geben, damit gegeben werde, res ob rem data, herausgeſtellt. Daher iſt denn allen denen unbenannten Realcontracten, in denen es ſich nicht um ein Zurückgeben des Empfangenen*) handelt, die res eine nicht von Natur eigne, ſondern von der Kunſt rein gegebene und künſtliche Form. War man einmal zu dieſer Künſtlichkeit gekommen, ſo diente die zweite Künſtlichkeit oder Geſchicklichkeit, mit welcher man die res hier ſo weit als nur möglich interpretirte, wenigſtens dazu, ein ferneres Anhängſel zu erſparen. Res ſoll hier nämlich nicht bloß Hingabe einer körperlichen Sache bedeuten, ſondern Zuwendung jedes Vermögensintereſſe, und ſelbſt eines unmittelbaren Intereſſe begreifen. Mag es ſich handeln um ein do ut des, do ut facias, facio ut des oder facio ut facias, ſo ſoll es angeſehen werden als ein do ut reddas.**)

---

*) L. 26. D. h. t. (19, 5). „Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est; si ut pondus argenti redderes, quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis, tam boni tamen argenti, quam illi scyphi fuerunt; sed si, ut vel hos scyphos, vel ut ejusdem ponderis argentum dares, convenit, idem dicendum est.“

L. 1 § 2 D. cit. de praescr. verbis (19, 5). „Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit: sed, non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio.“

**) L. 5 pr. D. h. t. (19, 5). „Naturalis meus filius servit tibi, et tuus filius mihi; convenit inter nos, ut et tu meum ma-

Das Princip der unbenannten Realcontracte iſt alſo, daß ſo oft Einer dem Andern irgend Etwas zuwandte unter dem Beding, daß dieſer Etwas dagegen leiſte, derſelbe durch die Annahme zu dieſer Leiſtung verpflichtet ſein ſolle. Der Empfänger iſt debitor, der Geber creditor, und nach ſtrictem Recht nicht debitor, er that ſeinerſeits nichts um eine Schuld zu löſen, ſondern um ſich dem Andern zum Schuldner zu machen.

Gegen dieſen Schuldner hat der Geber

1) auf Erfüllung deſſen, weshalb er gab, eine actio in factum civilis, praescriptis verbis.

2) Außerdem aber kann er, ſo lange dieſe Erfüllung noch nicht erfolgt iſt, das ſeinerſeits Gegebene zurückfordern, im eigentlichen Sinne condiciren (condictio in ihrem eigentlichen Sinne iſt nämlich die Klage, mit welcher wir das, was ſich aus unſerm Vermögen ohne Grund in einem fremden Vermögen befindet, zurückfordern.*) Dieſe allgemeine Condictionsbefugniß kann näher auf zwei verſchiedene Weiſen begründet und danach dem Creditor zwei Condictionen zugeſchrieben werden.

---

mitteres, et ego tuum; ego manumisi, tu non manumisisti; qua actione mihi tenearis, quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, ut des; aut do, ut facias; aut facio, ut des; aut facio, ut facias."

*) L. 7 D. h. t. (19, 5). „Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest: aut, si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas."

L. 5 § 2 eod. (19, 5). „Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi."

a) Die condictio causa data non secuta. Wenn die Zeit verſtrichen iſt, innerhalb welcher die Gegenleiſtung erfüllt werden ſollte und konnte, ſo kann der Creditor ſich beſonders darauf ſtützend, daß durch des Debitors Schuld dasjenige, wodurch dieſer ſich das Behalten des Empfangenen ſichern ſollte, ausgeblieben ſei, zurückfordern, condicere, repetere,*) und wegen der culpa des Debitors nicht leicht vergebens.

b) Condictio ob poenitentiam. Auch vor dem Eintritt ſchuldhafter Nichterfüllung der Gegenleiſtung kann der Creditor, welcher nach ſtrengem Rechte eben nur Creditor iſt, indem er ohne Rechtsverbindlichkeit und nur um ſich den Empfänger zu verpflichten hingab, wenn er entſchloſſen iſt, ſeine Forderung aufzugeben, ſich bloß auf dieſe ſeine Reue ſtützend, zurückfordern (ob meram poenitentiam), quia poenituit repetere, condicere; denn nach ſtrengem Rechte hat der Empfänger das Recht zum endlichen Behalten erſt durch den wirklichen Erfolg der Gegenleiſtung erworben. Dieſe nach ſtrengem Rechte dem Gläubiger unvermeidlich zuſtehende condictio jedoch darf trotz ihrer civilen Begründung ſo wenig wie irgend eine andere Klage den Beklagten unbillig benachtheiligen, und

*) L. 3 pr. § 1. 2. 3. D. de condictione causa data non secuta (12, 4). „Dedi tibi pecuniam, ne ad judicem iretur; quasi decidi. An possim condicere, si mihi non caveatur, ad judicem non iri? Et est verum, multum interesse, utrum ob hoc solum dedi, ne eatur, an ut et mihi repromittatur, non iri; si ob hoc, ut et repromittatur, condici poterit, si non repromittatur; si, ut ne eatur, condictio cessat, quandiu non itur. § 1. Idem erit, et si tibi dedero, ne Stichum manumittas; nam secundum distinctionem supra scriptam, aut admittenda erit repetitio, aut inhibenda. § 2. Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere; aut si me poeniteat, condicere possum. § 3. Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat; quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti, quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse: si minus, cessare.“

wenn auch nach dem ſtrengen Tenor des Realcontracts nur ein Creditor und ein Debitor aus dem ob rem datum entſteht, ſo iſt doch der innern Abſicht nach, bona fide ſehr häufig ein gegenſeitiges Geſchäft gemeint, und der Debitor hat ſein Widerrecht auf das aus der Annahme ihm möglicherweiſe erwachſene Intereſſe, welches er ſich durch Einrede ſichern, und ſo die ohne ſeine Schuld begründete condictio (ob poenitentiam) leichter, als die grade auf ſeine Schuld geſtützte condictio causa data non secuta ganz oder theilweiſe unwirkſam machen kann. *)

Ohne eine Rückforderungsklage wäre der Creditor in allen den Fällen, wo er ſelbſt am Rücktritt vom Vertrage alles Intereſſe, der Debitor am Verbleiben bei demſelben kein Intereſſe hatte, der Chicane des letztern preisgegeben geweſen, ſo daß ihm bei ſolcher factiſcher Sachlage durch eine in factum actio hätte geholfen werden müſſen, wenn nicht jene condictio (ob poenitentiam), welche dem Intereſſe des Debitors niemals in den Weg tritt, ſchon ipso jure competent geweſen wäre.

Unter den Contracten welche zur Zeit, wo das im Vorhergehenden abgehandelte Syſtem der benannten Contracte ſich eben abgeſchloſſen hatte, noch mit keinem techniſchen Namen belegt, aber durch die weiteſte Analogie der benannten Realcon-

*) L. 5 pr. D. eod. (12, 4). „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficiscereris, an condici possit, videndum. Et, cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare; sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est; nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam; nam si ita res se habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, jam fecisti, ut manifestum sit te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit; sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus, quod expendisti."

tracte klagbar waren, ſind doch einige, welche ſpäter eine Art eigenthümlicher Namen bekommen haben. Dahin gehören z. B.

1) Aestimatoria actio, Tröbelcontract. Wenn Jemand eine Sache zum Vertröbeln ſo hingab, daß der Uebernehmer entweder den für den Verkauf der Sache beſtimmten Preis, oder die unverkaufte Sache ſelbſt wiedergeben ſollte, ſo ſchien dieſer Auftrag kein rechtes Mandat zu ſein, weil der Tröbler denſelben vielleicht lediglich in Ausſicht auf den Gewinn des Ueberſchuſſes über die aestimatio übernahm; keine Dienſtmiethe, weil dem Tröbler nicht irgend eine, geſchweige eine beſtimmte merces zugeſichert iſt. Das Geſchäft ſchien überhaupt unter keinen benannten Contract gefaßt werden zu können, und alſo ſicherer, daſſelbe nach dem Tenor des ob rem dati*) zu betrachten. Der Auftraggeber hat dieſem gemäß alſo hier alternativ entweder a) eine praescriptis verbis seu in factum civilis actio, genannt aestimatoria, auf das Aeſtimat, oder die Sache,**) oder aber b) die beiden Condictionen entweder causa data non secuta oder die condictio quia poeniteat. Nicht umſonſt aber würde gegen die letztere der Tröbler Vergütung der in dem ohne ſeine Schuld rückgängigen Geſchäfte ſchon gemachten Aufwände fordern.

---

*) L. 16 pr. D. eod. (12, 4). „Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.“

**) L. 1 pr. D. de aestimatoria (19, 3). „Actio de aestimato proponitur, tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato quasi rem vendendam locasse videar, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi; quotiens enim de nomine contractus alicujus ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei judiciis diximus.“

2) Rerum permutatio, Tauſch. So heißt der Vertrag, in welchem von beiden Seiten die Uebertragung einer Sache zu Eigenthum beabſichtigt wird, welcher Vertrag dennoch als erſt durch die von einer Seite geſchehene Uebertragung perfect ein einſeitiger iſt, den Geber zum Creditor, den Empfänger zum Debitor macht, welcher letztere auch hier alternativ durch die praescriptis verbis actio zur Erfüllung, oder durch die Condictionen zur Reſtitution der empfangenen Sache gehalten wird. *)

3) Precarium. Dieſes iſt vorhanden, wo eine Sache zum Gebrauchen und Beſitzen hingegeben wurde mit dem Beding, daß der Geber dieſelbe zu jeder Zeit beliebig zurückfordern dürfe. **) Die Klagbefugniß des Gläubigers iſt hier in

---

*) L. 1 D. de rerum permutatione (19, 4). „Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx; at in permutatione discerni non potest, uter emptor, vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes; emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito; venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius; sed cum debeat et res, et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx, et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emptionis. § 1. Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. § 2. Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet; alioquin, si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent; ut in emptione, venditione, conductione, mandato. § 3. Ideoque Pedius ait, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. § 4. Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit, sed, ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta."

**) L. 1 D. de precario (43, 26). „Precarium est, quod preci-

Quantität und Qualität dieſelbe, wie bei allen unbenannten Realcontracten. Da aber laut des Contracts daſſelbe, was hingegeben iſt, zurückgegeben und unbedingt zurückgegeben werden muß, genügt die actio praescriptis verbis.*)

C. Pacta.

§ 20.

1. Pacta vestita.

So werden die nicht im Contractſyſteme begriffenen, aber dennoch mit Klagbarkeit verſehenen Verträge genannt. Es iſt nicht zu glauben, daß dieſelben zu der Zeit, wo jenes Syſtem ſeine Bildung begann, oder gar ſchon abgeſchloſſen hatte, insgeſammt gar nicht exiſtirt hätten, oder ſo weit ſie exiſtirten, ohne Klage geweſen wären. Sie ſind vielmehr bei weitem zum größten Theil grade ſo wie die ſcheinbar auch ſpäteren Innominatcontracte practiſch gleichzeitig mit den benannten Contracten, nur daß ſie damals doctrinell gar nicht oder doch anders als ſpäter rubricirt waren. Sie waren vom Contractsſyſtem zum Theil deshalb ausgeſchloſſen, weil einige derſelben prätoriſchen Urſprungs waren, andere wurden gar nicht als ſelbſtſtändige Verträge betrachtet, pacta adjecta. Will man dieſe als ſolche betrachten, ſo können drei Arten der pacta vestita angenommen werden.

---

bus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. § 1. Quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit. § 2. Et distat a donatione, eo quod qui donat, sic dat, ne recipiat; at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. § 3. Et est simile commodato; nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat."

L. 4 § 1 eod. (43, 26). „Meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere."

*) L. 2 § 2 D. h. t. (43, 26). „Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur."

1) Pacta adjecta. So werden die einem bonae fidei Contracte eingefügten, den Inhalt des Hauptvertrages modificirenden und als Theil deſſelben klagbaren Nebenverträge genannt.

Beiſpiele ſind: a) Pactum commissorium, lex commissoria, der einer gegenſeitigen Verpflichtung beigefügte Nebenvertrag, daß wenn der eine Theil bis zu einem gewiſſen Zeitpunct ſeine Verbindlichkeit nicht erfülle (si commisserit in legem contractus) auch der andere der ſeinigen entbunden ſein wolle. *) b) In diem addictio, die Vereinbarung, daß wenn bis zu einem beſtimmten Tage von einer andern Seite her ein vortheilhafterer Antrag für den Gegenſtand des eingegangenen oder einzugehenden Geſchäfts erfolge, als der vom gegenwärtigen Contrahenten gebotene (si melior condicio allata sit), das Geſchäft mit dieſem nicht länger beſtehen ſolle, als bis zu dem Tage (in diem ei addictus est fundus, homo venditus est, aedes, operae locatae sunt, &c.) **) Dieſe beiden Nebenverträge können ſowohl ſuspenſiv ***) als reſolutiv,

---

*) L. 2 D. de lege commissoria (18, 3). „Cum venditor fundi in lege ita caverit, si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur; nam si aliter acciperetur, exusta villa, in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui ejus periculo fuisset.“

L. 4 § 2 eod. (18, 3). „Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum scribit, statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere; nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.“

**) L. 1 D. de in diem addictione (18, 2). „In diem addictio ita fit: Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.“

***) L. 1 D. de lege commissoria (18, 3). „Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio, quam sub condicione contrahi videatur.“

L. 3 C. de pactis inter emptor. et venditor. (4, 54). „Qui

und im letzten Falle mit ipso jure eintretendem dinglichem oder abſolutem Effect,*) oder mit dem der bloß perſönlichen Klagberechtigung angewandt werden. c) Pactum displicentiae iſt die Reſervation beliebigen Rücktritts von dem Vertrage unter gewiſſen Bedingungen oder Terminen.

Dergleichen Verträge, welche nicht ſelbſtſtändig ſein können, ſelbſtſtändig in Betrachtung zu ziehen, war erſt möglich, nachdem die Doctrin das Weſentliche im Begriff der einzelnen Contracte genauer beſtimmt und abſtrahirt hatte. Daß nur bei einem bonae fidei Contracte pacta adjecta vorkommen können, hat ſeinen Grund darin, daß nur dieſe einen beſtimmten Inhalt zum Weſen haben, zu welchem etwas Unweſentliches hinzukommend wahrgenommen werden kann, wogegen es dem formellen stricti juris Contracte der stipulatio grade eigen iſt, nur eine beſtimmte Form mit irgend einem Inhalt zum Weſen zu haben, an welchem alſo kein Weſentliches und Unweſentliches unterſchieden werden kann.**)

Die Klage aus dem ſogenannten pactum adjectum führt allemal den Namen der Klage aus dem Hauptvertrage.***)

---

ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito."

*) L. 41 pr. D. de rei vind. (6, 1). „Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorum condicionem attulerit, recedatur ab emptione, post allatam condicionem, jam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit."

L. 4 § 3 D. de in diem addictione (18, 2). „Sed et Marcellus libro quinto Digestorum scribit, pure vendito, et in diem addicto fundo, si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus esset; alioquin nec pignus teneret."

**) L. 7 D. de reb. cred. (12, 1). „Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae; et ideo et condiciones."

***) L. 13 C. de pactis (II, 3). „In bonae fidei contractibus ita de-

2) Pacta praetoria. So nennen wir diejenigen Verträge, welche durch das prätoriſche Edict klagbar geworden ſind.*) Von dieſer Gattung iſt z. B.: die actio pecuniae constitutae. Conſtituiren iſt hier: Sich verpflichten, eine ſchon beſtehende Verbindlichkeit zu erfüllen. Der Prätor, welcher ausdrücklich freilich nur de pecunia constituta edicirte, beſtimmte, daß eine ſolche Verpflichtung vollkommen wirkſam ſein ſolle, weil in derſelben deutlich genug die Abſicht und Anerkennung der Verbindlichkeit liege. Die Conſtituirung, deren Grundſatz durch das neuſte Recht auf Obligationen jedes Inhalts angewandt iſt, kann eine eigne oder fremde Schuld betreffen, und wird danach entweder constitutum debiti alieni oder c. d. proprii genannt.**)

3) Pacta legitima. So heißen die durch das neuſte Civilrecht, d. i. die durch kaiſerliche Conſtitution klagbar gewordenen Verträge. Von dieſen iſt hier zu nennen:

Donatio, der Schenkungsvertrag, der Vertrag, durch welchen Einer ohne Rechtsverbindlichkeit und ohne Rechts=

---

mum ex pacto actio competit, si in continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit."

L. 7 § 4. 5 D. de pactis. (2, 14). „Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. § 5. Quinimo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint; ex intervallo, non inerunt; nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur."

*) § 8 I. de act. (4, 6). „In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Praetor: veluti de pecunia constituta."

**) § 9 I. de act. (4. 6). „De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioquin si stipulanti promiserint, iure civili tenentur."

grund ſich verpflichtet, dem Andern einen Vermögensvortheil zuzuwenden. *)

Das alte Recht hatte nicht bloß keinen Grund gefunden, dieſem Geſchäfte an und für ſich ſeines Inhalts wegen civile Gültigkeit beizulegen, ſondern war überhaupt den Schenkungen, welche zur vollen Rechtsbeſtändigkeit immer der stipulatio bedurften, abhold, und ſelbſt die Volksgeſetzgebung ließ es ſich angelegen ſein, dieſelben für manche Verhältniſſe ganz zu verbieten oder doch zu beſchränken. Daß aber ſelbſt im neuſten Recht dieſe Tendenz nicht ganz verſchwunden iſt, läßt vermuthen, daß dieſelbe durch die eigenthümliche Natur des Geſchäftes ſelbſt angegeben wird. Und in der That hat die Schenkung an und für ſich juriſtiſch keinen rechten Grund, d. i. keinen Rechtsgrund; denn als Vergabung und Veräußerung von Vermögen ſtellt ſie ſich in die Sphäre des Vermögensrechts. Die höchſte ratio aller Vermögensveräußerung aber iſt im Sinne des alten Rechts der Zweck, durch dieſelbe einen Vermögensvortheil zu erwerben, was durch Handel und Wandel emtionibus venditionibus, permutationibus rerum, nicht aber durch einſeitiges Aufgeben geſchieht. Zweck und Weſen des Vermögens und Reichthums kann nur Bereicherung, Vermögen, nicht aber Verärmerung ſein. So wenig, als für Nichts, ſo wenig kann für Ehren- und Liebesdienſte Geld und Geldeswerth gegeben werden, denn dieſe ſind hier, wo es ſich allein um Käuflichkeit handelt, Nichts, d. i. nichts Käufliches.

Die im discreteren neueſten Rechte zum Bewußtſein gebrachte, aus dem Begriffe des geſammten Rechts in ſeinen Unterſchieden reſultirende höhere ratio des Römiſchen Vermögensrechts aber iſt, daß das Vermögen reines Mittel für die Perſon in ihrer Eigenheit iſt, an welchem ſie ſich manifeſtire, wie ſie nur will. Und deshalb iſt die Schenkung als ſolche wenn auch noch mit Beſchränkungen, im neueſten Rechte doch allgemeiner erlaubt und civiliter gültig, wenn nur die Abſicht zu ſchenken gewiß und Einigkeit vorhanden

*) L. 29 pr. D. de donationibus (39, 5). „**Donari** videtur, quod **nullo jure cogente** conceditur.“

war. Weil nun dem Begriff der Schenkung gemäß auf der einen Seite der definitive Ernſt einer wirklichen Liberalität etwas Seltenes ſein muß, die eventuelle Oſtentation und Simulation einer Liberalität ſo gewöhnlich iſt, daß auf der andern Seite das Zumuthen und Vermeinen wirklicher Liberalität etwas ebenſo Häufiges iſt, ſo iſt, um den aus dieſer Colliſion häufigen Mißverſtändniſſen und Selbſttäuſchungen zu entgehen, *) (aus zum Theil ähnlichen Gründen, wie die, welche das pignus publicum empfahlen) für größere Schenkungen die gerichtliche Inſinuation verordnet, d. h. die Abſicht einer größern Schenkung ſoll vor irgend einem Gerichte erklärt und zu Protocoll gegeben werden. Nicht daß dem Gerichte eine causae cognitio mit arbitrium über die Zuläſſigkeit zuſtände, ſondern es ſoll nur beurtheilen und beſcheinigen, daß und was zu ſchenken wirklich die Abſicht war. Sehr ungenügend iſt hier zuletzt **) die abſolut be-

---

*) L. 27 C. de donationib. (8, 54). „Data jam pridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur; quod vel maxime inter necessarias conjunctasque personas convenit custodiri. Si quidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingi potest; vel id quod vere gestum est, aboleri. Cum igitur nec liberos quidem ac parentes lex nostra ab actorum confectione secernat, id quod necessario super donationibus apud acta conficiendis jampridem statuimus, universos teneat; gesta autem confici super rebus etiam alibi collocatis, ubicunque sufficit.“

**) L. 34 C. L. 36 C. h. t. (8,54). pr. § 1. 2 I. de donat. (2, 7). „Donationum autem duo sunt genera: mortis causa, et non mortis causa. § 1. Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit, sin autem supervixisset is, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. § 2. Aliae autem donationes sunt, quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quae non omnino comparantur legatis. Quae si fuerint perfectae, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum

ſtimmte Summe von 500 Sol. als die entſcheidende feſtgeſetzt worden. Jede Schenkung von einem noch größern Betrage bedarf zur Gültigkeit der gerichtlichen Inſinuation, und iſt jede derartige Schenkung ohne Inſinuation in Rückſicht auf das Uebermaaß als nicht geſchehen zu betrachten. Die Klage aus dem Schenkungsvertrage iſt eine nicht weiter benannte condictio aus der l. 35 C. de donationibus.

§ 21.

2. Pacta nuda.

Pacta nuda ſind die Verträge, welche an ſich ihres Inhalts wegen nicht durch Klage geſchützt waren, ſondern nur eine naturalis obligatio erzeugten, deren Nacktheit aber dennoch in der römiſchen Praxis nicht empfunden wurde, weil ſie immer durch eine von der Sitte ihnen angethane formelle causa klagbar gemacht wurden. Von dieſer Gattung iſt:

---

donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis, nostra Constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit; ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro Principum Dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum, Constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed et quasdam donationes invenit, quae penitus insinuationem fieri minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. — — Sciendum est tamen, quod etsi plenissimae sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram Constitutionem licentiam praestavimus, certis ex causis eas revocare, ne qui suas res in alios contulerunt, ab his quandam patiantur injuriam vel jacturam, secundum enumeratos in Constitutione nostra modos.“

§ 22.

a) Der Vergleich, transactio.

Der Vergleich iſt der Vertrag, in welchem zwei Parteien zwiſchen ihnen obwaltende ungewiß ſeiende oder als ungewiß angenommene Verhältniſſe und Anſprüche durch gegenſeitiges Aufgeben von dem Ungewiſſen gewiß machen. Das, worüber tranſigirt werden ſoll, muß weſentlich zur Zeit des Vergleichs ungewiß ſein, oder von Beiden nicht gewußt ſein; denn ſonſt würde leicht eine Schenkung *) oder ein Betrug **) vorliegen. Nachträgliche Vergewiſſerung über das, was bei Eingehung des Vergleichs ungewiß war, oder als ungewiß angenommen wurde, kann alſo den Vergleich nicht vernichten oder unwirkſam machen, ſondern vielmehr nur das Daſein ſeiner Baſis bekräftigen. Wogegen ein Irrthum über dasjenige, was als gewiß vorhanden oder nicht vorhanden angenommen wurde nach Maaßgabe ſeines Gegenſtandes ꝛc. auf die gewöhnliche Weiſe wirkt ***). Dasjenige, worüber verglichen iſt, iſt durch den Vergleich an ſich niemals vernichtet, aber immer unwirkſam. Das, was verglichen iſt, iſt als ſolches nicht klagbar. †) Man pflegte

---

*) L 1 D. de transactionibus (2, 15). „Qui transigit, quasi de re dubia, et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit.“

**) L. 9 § 2 D. h. t. (2, 15.) „Qui per fallaciam coheredis ignorans universa, quae in vero erant, instrumentum transactionis sine Aquiliana stipulatione interposuit, non tam paciscitur, quam decipitur.“

***) L. 12 D. h. t. (2, 15). „Non est ferendus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerat, si postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur, de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur.“

†) L. 2 D. h. t. (2, 15). „Transactum accipere quis potest,

aber in der Praxis den Vergleich immer direct oder indirect klagbar zu machen. Erſteres a) durch Anwendung der Stipulation. *) Und grade hier, wo es eben galt nach vielem Hin- und Herreden aus acceptirten, nicht acceptirten oder modificirten Anträgen, aus oft verwickelten Verhältniſſen und Berathungen ein klares bündiges Concluſum zu gewinnen, blieb die expreſſe, beſtimmte Wortfaſſung der Stipulation an ihrem angemeſſenen Ort. Und zwar in der Regel bediente man ſich der novirenden stipulatio Aquiliana, welche als stipulatio das neu Beſtimmte civiliter, d. i. klagbar wirkſam machte, als novirend das alte Ungewiſſe civiliter, d. i. ipso jure vernichtete. **) b) durch Erfüllung von einer Seite, re; denn wer erfüllte, kann jetzt ex ratione ob rem dati praescriptis verbis auf Erfüllung klagen; ohne daß hier durch dieſe causa das ihr ſonſt eigenthümliche jus poenitendi wirkſam in das Geſchäft eingeführt würde; ***) nicht daß es ipso jure nicht zuſtände, aber der Empfänger hat hier ipso jure des weſentlich zweiſeitigen Vergleiches, und nicht bloß aus zufälligem Intereſſe die exceptio pacti, transactionis, doli. Indirect wurde und zwar alternativ oder, was am ſicherſten war, cumulativ mit einem der beiden vorgenannten directen Mittel der Vergleich klagbar gemacht durch eine poenae stipulatio †) auf den Fall der Nichterfüllung.

---

non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subjecta, sed et si pactum conventum fuerit factum."

*) L. 15 D. h. t. (2, 15). „Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subjici solet; sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subjungere; quia rescisso forte pacto, poena ex stipulatu peti potest."

**) L. 4 D. h. t. (2, 15). „Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et peremit; ipsaque perimitur per acceptilationem; et hoc jure utimur."

***) L. 5. 10. 39 C. de transact. (2, 4).

†) L. 15 D. h. t. (2, 15). „Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subjici solet; sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subjungere, quia rescisso forte pacto, poena ex stipulatu peti potest."

§ 23.

b) Intercession.

Interceſſion iſt das Geſchäft, deſſen weſentlicher Inhalt freiwillige Uebernahme fremder Verbindlichkeit zu fremdem Vortheil iſt, insbeſondere vermittelſt perſönlicher Verpflichtung.

Die Interceſſion kann entweder ſo geſchehen, daß der Intercedent ſtatt eines Schuldners dieſen liberirend eintritt (privative Interceſſion), oder ſo, daß er ſich nur neben dem Schuldner auf deſſen Schuld verpflichtet (cumulative Interceſſion). Die Abſicht der Interceſſion an ſich war nach altem Civilrecht nicht klagbar; aber man pflegte ſie durch Einkleidung in stipulatio klagbar zu machen; und zwar die privative geſchah durch novatio. Für die cumulative Interceſſion durch verba hatten ſich drei in Form, Bedingungen und Wirkungen verſchiedene Species gebildet, mit Namen sponsio, fidepromissio, fidejussio *).

---

*) Gaj. III, 115 — 127. „Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari, quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fidejussores appellamus. § 116. Sponsor ita interrogatur: idem dari spondes? fidepromissor: idem fidepromittis? fidejussor ita: idem fide tua esse jubes? videbimus de his autem, quo nomino possint proprie appellari, qui ita interrogantur: idem dabis? idem promittis? idem facies? § 117. Sponsores quidem et fidepromissores et fidejussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur, quod stipulando nihil agimus; adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat, qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati judicio heredi . . . . tenetur.

§ 118. Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio, fidejussoris valde dissimilis. § 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum; quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, veluti si aut papillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dari promiserit. § 120. Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non

Im neuern Recht aber ſind die beiden erſteren, welche manche zum Theil althergebrachte, zum Theil ſpäter hinzugekommene Beſonderheiten enthielten, verſchwunden, und nur die fidejussio, welche von Alters her ſchon freier und vollſtändiger dem Weſen der Interceſſion entſprach, erhalten, und durch Doctrin und Conſtitutionen der Kaiſer weiter ausgebildet.

1) fidejussio, Bürgſchaft, iſt *cumulative* Interceſſion eigentlich in der *Stipulationsformel* fidejubes? fidejubeo! z. B. quantam pecuniam Titio credidero, tantam fide jubes? quanto minus a Titio debitore exegero, tantum fide tua jubes? fidejubeo! Die Beachtung dieſer Formel aber kann ſchon nach dem Verſchwinden der sponsio und fidepromissio, mehr noch nach der *Leoniſchen* Conſtitution*) nicht mehr weſentlich ſein.

Ein fidejussor kann für Obligationen *jedes Inhalts* und für *naturale* ſo gut als für civile eintreten.**) Er kann auf

---

tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio jure civitas ejus utatur. *fidejussoris* autem etiam *heres* tenetur. § 121. Item *sponsor et fidepromissor* (per) legem *Furiam biennio liberantur*; et *quotquot* erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in *tot partes deducitur* inter eos obligatio, et *singuli viriles partes* . . . . *Fidejussores* vero *perpetuo* tenentur; et *quotquot* erunt numero, *singuli in solidum* obligantur. itaque *liberum* est creditori, a quo *velit solidum petere*, sed ex epistola divi *Hadriani* compellitur creditor, a *singulis*, qui modo *solvendo* sunt, *partes* petere. § 127. In eo quoque *par omnium causa* est, quod, si quis pro reo *solverit*, ejus *recipe-randi* causa habet cum eo *mandati judicium*, et hoc amplius sponsores ex lege *Publilia propriam* habent actionem in duplum, quae appellatur *depensi*.“

*) L. 10 C. de contrah. et committ. stip. (8, 38). „Omnes stipulationes, etiamsi non *solemnibus*, vel directis, sed *quibuscunque* verbis *consensu* contrahentium compositae sunt, vel *legibus cognitae*, suam habeant firmitatem.“

**) p. § 1 I. de fidejussorib. (3, 20). „Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur; quos homines accipere solent, dum curant, *ut diligentius sibi cautum sit*. § 1. In *omnibus* autem obligationibus adsumi

24

Weniger, aber nicht auf Mehr *) verpflichtet werden als der Hauptſchuldner; denn Bürgſchaft ſoll eben nur dem Gläubiger eine andere Forderung ſichern, aber keine neue Forderung geben; er kann aber allerdings ſtrenger, d. i. nur ſicherer haften; denn Sicherung iſt das eigentliche Weſen der Bürgſchaft. **) Dem Bürgen ſind diejenigen Einreden ***) nützlich, welche aus der

---

possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractae fuerint. At ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjiciatur fidejussor: adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.“

*) § 5 I. de fidejussor. (3, 20). „Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur, contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub condicione promittere potest, contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. Plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare.“

**) L. 1 § 8 D. de obl. et act. (44, 7). „Et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur.“

***) L. 7 p. § 1 D. de exc. (44, 1). „Exceptiones, quae personae cujusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori; sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus, in solidum dotis nomine condemnatur. § 1. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fidejussori.“

L. 24 p. D. de re judic. (42, 1). „Et si fidejussor acceptus sit rei, vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fidejussit, in quantum facere potest, condemnanda est.“

Forderung und aus der Perſon des Gläubigers begründet, die Forderung gegen den Hauptſchuldner unwirkſam, inanem, inefficacem machen, denn was nicht mehr wirklich iſt, kann nicht mehr garantirt werden ſollen. Nicht aber nützen ihm die Einreden, welche der Hauptſchuldner aus ſeiner eignen Perſon hernehmen könnte; denn grade wegen des Riſico aus der Perſon des Schuldners wurde die Bürgſchaft vom Gläubiger eingegangen. Der fidejussor haftete nach älterem Recht, ſofern nicht eine nur ſubſidiaire Haft ausdrücklich ausgeſprochen war, als Correalſchuldner;*) nach neuerem Rechte aber, geſchützt durch die Einrede der Excuſſion, nur ſubſidiair,**)

---

*) L. 5 C. de fidejussor. et mand. (8, 41). „Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur."

L. 19 eod. (8, 41). „Si alienam, reo principaliter constituto, obligationem suscepisti, vel fidejussorio, sive mandatorio, vel quocunque alio nomine pro debitore intercessisti, non posse creditorem urgeri, eum, qui mutuam accepit pecuniam, magis quam te convenire, scire debueras; cum, si hoc in initio contractus specialiter non placuit habeat liberam electionem."

**) Nov. 4 c. 1. „Si quis igitur crediderit, et fidejussorem aut mandatorem aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem, aut fidejussorem aut sponsorem accedat, neque negligens, debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit, debitumque contraxit; et si quidem inde receperit, ab aliis abstineat; quid enim ei in extraneis erit, a debitore completo? Si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fidejussorem, aut sponsorem, aut mandatorem veniat, et ab illo quod reliquum est, sumat; et si quidem praesentes ei consistant ambo, et principalis, et intercessor, et aut mandator, aut sponsor, hoc omni servetur modo. Si vero intercessor, aut mandator, aut qui sponsioni se subjecerit, adsit, principalem vero abesse contigerit, acerbum est, creditorem mittere alio, cum possit mox intercessorem, aut mandatorem, aut sponsorem exigere."

wenn nicht das Gegentheil ausgemacht iſt. Mehrere Fidejuſſoren hafteten nach altem Recht als Correalſchuldner jeder für das Ganze, singuli in solidum, wenn nicht ausdrücklich ein Anderes ausgemacht war. Durch Hadrian aber haben die Mitbürgen das beneficium divisionis d. h. ſie können fordern, nur pro rata belangt zu werden, ſo lange noch andere Mitbürgen zur Zeit der Klage ſolvent ſind; ſonſt muß der ſolvente das Ganze bezahlen; denn er war ipso jure das Ganze ſchuldig.*) Juſtinian beſtimmte, wenn mehrere miteinander ſich verbürgen, ſo ſolle das nicht ipso jure eine Correalität enthalten, ſondern ſofern nicht das in solidum Haften Sollen ausdrücklich hinzugeſetzt ſei, jeder ipso jure und ein für alle Mal nur auf ſeine Rata belangt werden und haften. Denn jede perſönliche Verbindlichkeit muß im Zweifel ſo enge wie möglich interpretirt werden. Aber auch wenn ausdrücklich jeder Einzelne die nach altem Recht von ſelbſt eintretende Solidarhaft übernommen, ſolle doch jedem vorerſt noch die Einrede der Theilung unter alle die Mitbürgen, welche anweſend und ſolvent ſeien, zuſtehen, und die Solidarhaft nur dann erſt, wenn Einer allein ſolvent und gegenwärtig zu belangen iſt, an dieſem wirkſam werden.**) Denn ſo

---

*) § 4 I. de fidejussorib. (3, 20). „Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere. Sed ex epistola Divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit; et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex epistola Divi Hadriani, et desiderare, ut pro parte in se detur actio.“

**) Nov. 99 c. 1 pr. („Εἰ γάρ τις ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους λάβοι τινάς). „Si quis enim reos promittendi accipiat, neque addat, debere singulos in solidum teneri, omnes ex aequo conveniantur; sin autem id additum sit, pactum quidem servetur, non tamen statim ab initio solidum

wie der Bürge für das Ganze erſt zahlen will, wenn der Hauptſchuldner nicht zahlen kann, ſo will der eine von mehreren Bürgen für das Ganze dieſes erſt zahlen, wenn die andern nichts zahlen können.

Der Bürge, welcher Zahlung geleiſtet hat, hat zu ſeiner Deckung einen doppelten Weg: a) das beneficium cedendarum actionum d. h. er kann die dem Gläubiger zuſtändigen aber nicht mehr nöthigen, ihm ſelbſt aber nützlichen Klagen gegen den Hauptſchuldner, Mitbürgen, auf Pfänder ꝛc., welche er durch die Zahlung an den Creditor, und für dieſelbe als für das Pretium gekauft zu haben angeſehen wird, wirkſam anſtellen, *) b) aus ſeiner eigenen Perſon hat er gegen den Hauptſchuldner, in deſſen Auftrag er die Bürgſchaft übernahm, die actio mandati contraria, oder wenn er ohne

---

a singulis exigatur, sed interim pro parte, qua quisque tenetur; ille vero reliquos etiam conveniat, si solvendo et praesentes sint. Et si hoc ita se habere appareat, si quidem divites et praesentes sint, solvere illis necesse sit (cuilibet pro sua parte) quod ipsis tanquam reis promittendi creditum est, ex qua parte omnino obligati sunt; nec commune debitum proprium alicujus onus fiat. Sin vero reliqui, (sive omnes, sive aliqui, sive pro parte, sive in solidum) non idonei appareant, vel absentes forte sint, etiam in illud teneantur, quod a reliquis accipi non potuit. Sic enim ei quoque pactum servabitur, et actor nullum damnum sentiet. Ac licet illi, ignorante eo, qui illos obligatos habet, pactum aliquod inter se fecerint, tamen unusquisque tenebitur, sicut ab initio scripsit, nec licentiam habebit artibus, dolis, aut transactionibus pacta violandi.“

*) L. 17 D. de fidejussor (46, 1). „Fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.“

L. 36 eod. (46, 1). „Cum is, qui et reum et fidejussores habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita est; non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.“

Auftrag das Geſchäft führte, die negotiorum gestorum contraria actio.

2) Constitutum debiti alieni iſt der durch das Edict klagbare formloſe Interceſſionsvertrag, durch welchen eine ſchon beſtehende fremde Verbindlichkeit übernommen wird, ohne daß die frühere aufgehoben wird. Dieſer Vertrag wurde im Gegenſatz der fidejussio nicht ſowohl als acceſſoriſche Sicherung der vorhandenen obligatio, als vielmehr als ſelbſtſtändige causa einer eigenthümlichen neuen Obligation betrachtet; durch die fidejussio entſteht nur ein neuer debitor derſelben Schuld, durch constitutum ein neues debitum. Deshalb kann daſſelbe auch einen abweichenden Inhalt haben.*) Nach dem Schematismus der Doctrin iſt das Anerkennen der beſtehenden Verbindlichkeit nur die causa civilis des constitutum, der Inhalt deſſelben aber das durch die anerkennende Vereinbarung feſtgeſetzte, welches aber im Weſentlichen doch als daſſelbe muß gelten können, welches die Vorobligation enthält, denn ſonſt wäre eben keine Anerkennung einer vorhandenen Obligation und alſo keine causa civilis vorhanden. Trotz dieſer formellen Selbſtſtändigkeit des Geſchäfts giebt aber doch die Abſicht der Interceſſion dem Conſtituenten dieſelben beneficia**) der nur ſubſidären Haft des Regreſſes ꝛc., welche lediglich aus dieſer Abſicht dem Fidejuſſor ertheilt ſind, nicht aber aus der civilis causa der fidejussio von ſelbſt reſultirten. In Beziehung auf ſchon beſte-

---

*) L. 1 § 5 D. de pecun. constit. (13, 5). „An potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est. Sed cum jam placet, rem pro re solvi posse, nihil prohibet, et aliud pro debito constitui; denique si quis centum debens, frumentum ejusdem pretii constituat, puto valere constitutum.“

**) L. 3 C. de constit. pecun. (4, 18). „Divi Hadriani epistolam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur, locum habere in his etiam, qui pecunias pro aliis simul constituunt, necessarium est; aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet.“

hende Verbindlichkeit kann alſo nach dem constitutum debiti alieni die Intercesſion nicht mehr ein nudum pactum genannt werden.

3) Mandatum (qualificatum) nennen wir ein Mandat, deſſen Ertheilung eine Intercesſion enthält. Der hier ſogenannte mandator giebt dem mandatarius den Auftrag einem Dritten zu creditiren durch mutuum, Verkauf oder andere Geſchäfte. Hier hat der creditirende Mandatar außer der actio venditi oder condictio mutui, nach dem Tenor des Mandats die actio mandati contraria gegen den Mandanten wegen der durch den aufgetragenen Credit gemachten Verwendung; muß aber, um die Einrede der Excuſſion zu vermeiden, zuerſt gegen den dritten Hauptſchuldner verſuchen,*) und zwar dieſes immer nach bona fides wegen der beabſichtigten Intercesſion, häufig ſelbſt ſchon nach dem ſtrengen Tenor der juriſtiſchen Baſis des Geſchäfts, d. i. des Mandats.

Intercesſion der Frauen.

Beſonders hat das Römiſche Recht ſchon früh über die Intercesſion der Frauen beſtimmt. Obgleich die Intercesſion allerdings zur Zahlung verpflichtet, ſo erſcheint doch dieſelbe vermöge ihrer ſubſidiären, weſentlich bedingten Natur von ſelbſt ſchon dem Leichtſinn gar leicht als ein nur vielleicht Zahlen Sollen und nach der Darſtellung des betheiligten Schuldners und Gläubigers, die hier gleiches Intereſſe haben, als ein Gewiß nicht Zahlen, ſondern, wie man ſagt, nur ſeinen Namen Hergeben Sollen. Da ſolchem Leichtſinn und den Einflüſſen ſolcher Beredſamkeit die Frauen durch ihr Naturell eben ſo häufig beſonders ausgeſetzt ſind, als ſie gegen ſofortige Aufwände durch daſſelbe geſchützt zu ſein pflegen, kurz, da eine Frau, welche intercedirt, in der Regel nicht weiß, was ſie thut, ſo hatte das Sctum Vellejanum beſtimmt, daß die Frau, welche aus ihrer Intercesſion belangt würde, da ſie vielleicht nun erſt inne würde, was ſie eigentlich gethan, durch Ein-

---

*) Nov. 4 c. 1 cit.

rede, exceptio Scti Vellejani ihre Interceſſion unwirkſam machen könne; wogegen auch nach dem Sctum die Frau vollgültig baare Zahlung für einen Andern leiſten darf, denn hier ceſſirt die ratio, und zwar der politiſche wie der juriſtiſche Grund des Geſetzes. *)

Nachdem aber ſchon durch die laxere Stipulationsform und mehr noch durch das Edict vermöge des Grundſatzes des formloſen constitutum debiti das an ſich gefährliche Geſchäft in der häufigſten Praxis der ſtrengen Form entblößt war, welche, wenn ſie auch nicht genügte die Bedeutung des Geſchäfts zur Erinnerung zu bringen, doch ſein Daſein ſicherer beurkundete, ſo trat noch der Uebelſtand hinzu, daß der in dieſer Sache unvorſichtig denkenden und redenden Frau, die vielleicht gar nicht die Abſicht gehabt hatte, zugemuthet und nachgewieſen wurde, intercedirt zu haben. Deshalb verordnete Juſtinian, daß die von einer Frau angeblich geleiſtete Interceſſion null und nichtig ſei, falls dieſelbe nicht instrumento

---

*) L. 1 pr. D. ad Sct. Vellejan. (16, 1). „Vellejano Senatusconsulto plenissime comprehensum est, ne pro ullo feminae intercederent.“

L. 2 § 3 eod. (16, 1). Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae. Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt; nam deceptis, non decipientibus, opitulatur.“ § 4. 5 eod. „Omnis omnino obligatio Senatusconsulto Vellejano comprehenditur, sive verbis, sive re, sive quocunque alio contractu intercesserint. Sed etsi mulier defensor alicujus extiterit, procul dubio intercedit; suscipit enim in se alienam obligationem; quippe cum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere.“

L. 4 § 1 eod. (16, 1) „Proinde si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed et si tibi donatura, creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit; Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.“

publico vorgenommen worden,*) weil ohne ſolches nicht gewiß ſei, daß ſie intercediren wollte; daß aber auch bei ſo vollzogener Interceſſion die Frau, wenn ſie aus derſelben belangt werde, durch die Einrede aus dem Sctum dieſelbe wirkungslos machen könne, weil, wenn es nun auch durch die Form des instrumentum publicum gewiß ſei, daß ſie intercediren wollte, dadurch um nichts gewiſſer ſei, daß ſie wußte, was ſie wollte, als ſie intercediren wollte. — Von dieſer Rechtsregel ſind übrigens, wie von faſt allen aus guten Gründen Ausnahmen ſtatuirt, in welchen die Interceſſionen der Frauen von Anfang gültig ſind oder doch convalesciren. Nach der entgegengeſetzten Seite hin aber iſt beſonders vorgeſchrieben, daß die Interceſſion der Frau für ihren Ehemann ſelbſt durch ein instrumentum publicum null und nichtig ſein ſolle;**) denn gegen ihren Ehemann hat die Frau in Rückſicht des Entſchluſſes zu dieſem leichtſinnigen Geſchäft ſo gar keinen eigenen Willen, daß es nicht in Betracht kömmt, in welcher Form ſie ſolchen Willen äußerte.

---

*) L. 23 § 2 C. ad Sct. Vellejan. (4, 29). „Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto, et a tribus testibus subsignato, accipiant homines a muliere pro aliis confessionem; tunc enim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum, vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres acceperint intercedentes, pro nihilo habeatur hujusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta, nec penitus scripta; ut nec Senatusconsulti auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto.“

**) Auth. si qua mulier C. h. t. (4, 29). „Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam, aut seipsam obligatam faciat, jubemus, hoc nullatenus valere, sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum, sive publicum sit debitum, sed ita esse, ac si neque factum quicquam, neque scriptum esset; nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint.“

II. Obligation aus Delicten.

Delict, Unrecht, injuria überhaupt iſt Verletzung oder Nichtachtung einer Perſon; an einer Sache als ſolcher kann kein Unrecht begangen werden. Wo alſo Verletzung einer Sache im Begriffe eines Delictes enthalten iſt, iſt doch das Delictiſche nur darin enthalten, daß vermittelſt der Sache die Perſon, deren Eigenſchaft die Sache iſt, verletzt wird. Die Perſon alſo kann entweder unmittelbar, an ihrem Selbſt, oder mittelbar, an ihrem Vermögen verletzt werden.

Schon im älteſten Recht war dieſer Unterſchied, wenn auch nicht zur Klarheit und Vollſtändigkeit entwickelt, doch ſchon angedeutet in der Unterſcheidung des Delicts in injuria und in furtum. Das erſte war directe Verletzung der Perſon, das zweite Verletzung des Vermögens, wie eine ſolche geſchehen konnte nach damaliger Vorſtellung von Perſon und von Vermögen und nach damaliger Stellung des Dritten zu einem fremden Vermögen. Wie aber im Fortſchritt des Rechts der Unterſchied der Perſon und des Vermögens reiner entwickelt wird, das Vermögen ſich in mannigfaltigere Arten unterſcheidet, und die Stellung des Herrn zu dem eignen, die des Dritten zu dem fremden Vermögen eine andere geworden iſt, iſt auch die factiſche Möglichkeit des Delinquirens, alſo auch der juriſtiſche Begriff und Inhalt des Delicts ein anderer, weiterer und ſchärfer entwickelter geworden. Es ſind neue Species von Delicten entſtanden, die alten in ihrem Thatbeſtande nach einer Seite hin eingeſchränkt, nach einer andern erweitert. Das letzte gilt vom furtum.

§ 24.

A. Furtum, Diebſtahl.

Die älteſte Geſtaltung der furti actio, welche Wegnehmen fremder körperlicher Sachen aus fremdem Gewahrſam ahndete, ſchützte ungefähr das alte Vermögen, welches faſt nur aus Körpern beſtand, und ſich immer in des Herren Gewahrſam befand. Daſſelbe konnte nur da oder nirgends, es konnte nur durch Wegnehmen oder gar nicht verletzt werden; denn jede

andere Verletzung des Vermögens, wenn ſie je vorkam, wurde als Verletzung der Perſon, injuria, betrachtet. Nachdem durch die Geſchichte des neuern Vermögensrechts die Kinder und die andern freien Unterthanen des patrimonium zum Theil aus der Sphäre des Vermögens in die der Perſönlichkeit hinübergetreten ſind, das Vermögen in weiterer Ausdehnung auch aus unkörperlichen Sachen beſteht, nachdem das Eigenthum ſich juriſtiſch auch auſſer des Herrn Hand befinden kann, z. B. in Folge einer locatio, eines pignus, commodatum, ususfructus &c., umgekehrt alſo Jemand Sachen in Händen haben kann, ohne dieſelben in Eigenthum oder ſelbſt in Beſitz zu haben, ſo mußte ſich der Begriff des Diebſtahls nach allen dieſen Modalitäten ſeines Gegenſtandes in allen Beziehungen ändern, d. i. a) in Rückſicht der Sachen, welche geſtohlen werden können, b) in Rückſicht des Orts, von wo, c) in Rückſicht der Art, wie geſtohlen wird, d) in Rückſicht der Perſonen, welchen geſtohlen werden kann, e) in Rückſicht derjenigen Perſonen, welche ſtehlen können.

Dieſes durch das neuere Recht ausgebildete furtum iſt es, welches die claſſiſchen Juriſten nicht übel definiren, wenn ſie ſagen:

„Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gra-
„tia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve; quod
„lege naturali prohibitum est admittere.“

Das iſt explicite:

1) Contrectatio. Die contrectatio, an deren Statt das alte Recht Wegnehmen, auferre, forderte, iſt hier wirklich nur noch Betaſtung, Berührung, ein Handanlegen,*) durch welches dem Berechtigten entzogen wird. Das iſt das Weſentliche, daß durch die Behandlung in gewinnſüchtiger Abſicht dem

---

*) L. 27 § 3 D. de furtis (47, 2). „Sed si quis non amovit hujusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur, qui corrupit.“

L. 52 § 23 eod. „Si quis servo meo persuaserit, ut nomen suum ex instrumento, puta, emptionis tolleret, et Mela scripsit, et ego puto, furti agendum.“

Herrn, und zwar dem Herrn im weiteſten Sinne, ſeine Sache entzogen wurde, unweſentlich, wo und von wo das geſchah.

2) Rei. An einer körperlichen beweglichen Sache ſoll jene Handhabung Statt finden. Eine verſuchte Ausdehnung auf unbewegliche Sachen wurde verworfen.*) Es iſt nicht nöthig, daß die contrectirte Sache auſſer dem Eigenthum,**) auſſer dem Beſitz oder ſelbſt auſſer Detention des Diebes und in irgend Jemandes Detention ſich befand; es mußte nur irgend etwas Fremdes an der Sache ſein, das Gegenſtand der Aneignung werden konnte; denn was Einem gehört, kann er nicht ſtehlen. Der Eigenthümer kann an ſeiner in oder auſſer ſeinem Beſitz befindlichen Sache, wenn ein Dritter ein Gebrauchsrecht auf dieſelbe hatte, ein furtum dieſes Gebrauches begehen. Der Fauſtpfandgläubiger kann das in ſeinem Beſitz befindliche pignus,***) der depositarius das in ſeiner Detention befindliche depositum ſtehlen, wenn ſie eine Contrectation der Sache in diebiſcher Weiſe und Abſicht vornahmen.†)

3) Fraudulosa contrectatio rei. Das iſt betrügliches Vergreifen. Darin aber iſt enthalten: a) dolus, das Bewußtſein,††) daß man kein Recht zu der Handlung habe. b) invito

---

*) Gaj. II, 51. „et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intelligat, alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata sit eorum sententia, qui putarint, furtivum fundum fieri posse."

**) § 10 I. de oblig. quae ex delicto (4, 1). „Aliquando et suae rei furtum quisque committit; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit."

***) L. 52 § 7 D. h. t. (47, 2). „Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat; quod verum esse arbitror."

†) L. 1 § 2 D. h. t. (47, 2). „Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si intercipiendi causa occultaverit."

††) L. 46 § 7 D. h. t. (47, 2). „Recte dictum est, qui putavit se domini voluntate rem attingere, non esse furem.

domino, wider den Willen*) des Herrn, oder des ſonſt zum Verbieten Berechtigten. c) clam. Die Handlung muß mit der Intention oder Heimlichkeit**) begonnen ſein, ob ſie auch nicht heimlich zu Ende gebracht wurde.***)

4) Lucri faciendi gratia. Es mußte Zweck der Handlung ſein, ſich durch dieſelbe an oder aus der Sache unmittelbar oder mittelbar zu bereichern. Heimliche Bemächtigung einer fremden Sache, bloß um ſie boshaft dem Herrn zu vernichten, iſt kein furtum.†) Näher kann beabſichtigt werden entwe-

---

Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse? sive falso id, sive vere putet? is ergo solus fur est, qui adtrectavit, quod invito domino se facere scivit."

*) L. 43 § 10 D. h. t. (47, 2). „Si quis sponte rem jecit vel jactavit, non quasi pro derelicto habiturus, tuque hanc rem tuleris, an furti tenearis, Celsus libro duodecimo Digestorum quaerit; et ait, si quidem putasti pro derelicto habitam, non teneris; quod si non putasti, hic dubitari posse ait; et tamen magis defendit, non teneri, quia, inquit, res non intervertitur ei, qui eam sponte rejecit."

**) L. 1 pr. D. h. t. (47, 2). „Furtum a furvo, id est, nigro, dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat, et plerumque nocte; vel, a fraude, ut Sabinus ait; vel a ferendo, et auferendo; vel a Graeco sermone, qui φῶρας appellant fures; immo et Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt."

***) L. 3 D. h. t. (47, 2). „Fur est manifestus, quem Graeci ἐπ᾽ αὐτοφόρῳ appellant, hoc est, eum, qui deprehenditur cum furto. § 1. Et parvi refert, a quo deprehendatur, utrum ab eo, cujus res fuit, an ab alio. § 2. Sed utrum ita demum fur sit manifestus, si in faciendo deprehendatur, an vero et si alicubi fuerit deprehensus? Et magis est, ut et Julianus scripsit, etsi non ibi deprehendatur, ubi furtum fecit, attamen esse furem manifestum, si cum re furtiva fuerit adprehensus, prius quam eo loci rem pertulerit, quo destinaverat."

†) L. 22 pr. D. h. t. (47, 2). „Si quid fur fregerit, aut ruperit, quod non etiam furandi causa contrectaverit, ejus nomine cum eo furti agere non potest."

der der Gewinn: a) ipsius rei, der Sache ſelbſt, der Subſtanz der Sache; ſolches furtum kann nur der non dominus begehen. b) vel etiam usus ejus, d. i. eines Gebrauches der Sache, welcher einem Andern zuſteht; ſolches furtum begeht der Depoſitar, welcher das depositum gebraucht, und der Eigenthümer, welcher die von ihm verliehene Sache dem Commodatar vor dem Genuß des zugeſagten Gebrauches heimlich nimmt, der Commodatar oder Miether, welcher die Sache weiter gebraucht, als er darf.*) c) possessionisve, d. i. Anmaaßung eines Beſitzes, der Einem nicht zuſteht.

Das furtum iſt vollendet, ſobald durch die ſolchergeſtalt und in ſolcher Abſicht vorgenommene Contrectation dem Berechtigten die zuſtändige Sache, Gebrauch oder Beſitz factiſch wirk-

---

L. 41 § 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2). „Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo, furti non teneatur, sed tantum damni injuriae; utputa si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit; nam furti non tenebitur; cum facto enim etiam animum furis furtum exigit."

*) § 6. 7. I. de obl. quae ex delicto (4, 1). „Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter, cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit; veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad coenam invitaturus, et id peregre secum tulerit; aut si quis equum, gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset. § 7. Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere, eumque si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra crimen videri, optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committatur."

lich entzogen iſt *) und er dadurch wirklich beſchädigt iſt. **)

Die Klage aus dem furtum, die actio furti ſteht nicht, wie nach älteſtem Recht, allein dem eigentlichen Herrn der Sache zu, ſondern, ſeitdem das Vermögen in ſo viele Zweige zergangen iſt, jedem, welcher durch das furtum beſchädigt iſt, cujus interest. ***) Die actio furti bleibt übrigens, wie ehemals furti manifesti oder nec manifesti. †)

Die non manifesti furti actio bleibt auf das Doppelte der angerichteten Beſchädigung gerichtet.

Die manifesti furti actio aber hat durch das Edict, welches die Addiction der Perſon aufhob, das Vierfache zum Gegenſtande. ††)

---

*) L. 1 § 1. 2. D. h. t. (47,2) „§ 1. Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. § 2. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si intercipiendi causa occultaverit."

L. 21 § 7 h. t. (47, 2). „Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? qua actione tenebitur? utique injuriarum, aut de vi accusabitur, si per vim introivit."

**) L. 15 § 2 eod. (47, 2). „Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti, placuisse, Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis; ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem ejus habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit."

***) L. 10 D. h. t. (47, 2). „Cujus interfuit non subripi, is actionem furti habet."

†) L. 2 D. h. t. (47, 2). „Furtorum genera duo sunt: manifestum, et nec manifestum."

††) Gajus III, 183—194. „§ 183. Furtorum autem genera Servius Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum; Labeo duo, manifestum, nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes, quam genera furtorum; quod sane verius videtur, sicut in-

Was die juriſtiſche Natur dieſer Klage betrifft, ſo war das alte Civilrecht, welches dieſelbe aus dem Geſichtspunct der Talion einführte, der Meinung, daß mit dem duplum Alles geſühnt ſei. Denn es ſchien, daß der Beſtohlene nicht mehr verlangen könne, als Entſchädigung und gerechte Strafe, die

---

ferius apparebit. § 186. Conceptum furtum dicitur, cum aput aliquem, testibus praesentibus, furtiva res quaesita et inventa est; nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti." § 187. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit, eaque aput te concepta sit, utique si ea mente data tibi fuerit, ut aput te potius, quam aput eum, qui dederit, conciperetur; nam tibi, aput quem concepta est, propria adversus eum, qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, (quae) appellatur oblati. § 188. Est etiam prohibiti furti adversus eum, qui furtum quaere re volentem prohibuerit. § 189. Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat; nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat. utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. in eum autem, qui ..... postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex servi persona, quam ex liberi quadrupli actio Praetoris edicto constituta est. § 190. Nec manifesti furti poena per legem (XII) tabularum dupli inrogatur, quam etiam Praetor conservat. § 191. Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, quae similiter a Praetore servatur. § 192. Prohibiti actio quadrupli ex edicto Praetoris introducta (est); lex autem eo nomine nullam poenam constituit. hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse. § 193. Quid sit autem linteum quaesitum est; sed verius est, consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur; quare lex tota ridicula est; nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est; eo magis, quod ita quaesita res inventa majori poenae subjiciatur. deinde quod lancem sive ideo haberi jubeat, ut manibus occupantis nihil subjiciatur, sive ideo, ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id, quod quaeratur, ejus magnitudinis aut naturae sit, ut neque subjici, neque ibi inponi possit. certe non dubitatur, cujuscunque materiae sit ea lanx, satis legi fieri."

eine liege in dem einen Simplum, die andere in der Talion durch das andere Simplum. Nicht anders meinte das Edict, welches die actio furti manifesti in quadruplum einführte, nicht anders die älteſte Doctrin; und daher gingen die im claſſiſchen Recht verſchwundenen actiones furti concepti und oblati in triplum neben dem in Natur vorhandenen simplum. Aber ſchon unter den ſpätern Juriſten der Republick mußte ſich die Ueberzeugung bilden, daß Nichts vorliege, wodurch der dominus, welcher furti nomine das duplum oder quadruplum bekommen habe, ſeine Sache verlieren könne, daß der Dieb in der furti condemnatio nicht für die Sache, welche er invito domino genommen, ſondern allein für das Stehlen zahle.*) Aber ſchon bevor dieſe Anſicht ſich geltend machte, wurde dem beſtohlenen dominus eine perſönliche Klage, condictio,**) und zwar furtiva, durch die Praxis zugeſtanden, welche alternativ auf die Sache oder deren Werth gerichtet, darauf gegründet iſt, daß Kläger damals, als dieſelbe durch Diebſtahl, alſo ohne Recht in des Beklagten Vermögen kam, Eigenthum an derſelben hatte. Man mußte ihm nach damaliger Anſicht noch die rei vindicatio verweigern, eben weil es ſchien, daß der Dieb durch Erlegung der Zweiſpill, in

---

*) Vgl. unten: condictio furtiva.

**) Gaj. IV. § 4. „Sic itaque discretis actionibus certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum dare oportere. nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest: cum solum id dari nobis intelligatur, quod (ita datur, ut) nostrum fiat; nec res, quae nostra (est), amplius (nostra) fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur: si paret eos dare oportere: quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.“

§ 21 I. de obl. quae ex delicto (4, 1). „Furti actio sive dupli, sive quadrupli, tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet: condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat, competit.“

welcher auch das simplum der aestimatio enthalten war, jure civili das Eigenthum erworben habe, welches er aber billiger Weiſe nicht behalten dürfe. Als man ſpäter dem beſtohlenen dominus ſelbſt die rei vindicatio zugeſtehen mußte, wurde die einmal zuſtändige condictio doch nicht aufgehoben, aber ſie wurde zu einer Singularität; denn es iſt contra tenorem rationis, daß Einer fordere, daß ihm das gegeben werde, was ſchon ſein iſt. Da dieſe übrigens nur dem Eigenthümer*), nicht aber auch anderen Beſtohlenen auf das Intereſſe zuſtändige Klage nichts Pönales, an der Perſon Haftendes an ſich hat, denn mit der actio furti iſt geſtraft, und es kann nicht zweimal geſtraft werden, ſondern gleich einer indebiti condictio quasi ex contractu begründet werden muß, ſo geht dieſe quasi ex contractu entſtandene und dolo und mora nur perpetuirte und modificirte Verbindlichkeit unbedingt auch ganz auf den Erben des Diebes über.**)

---

*) L. 1 D. de cond. furtiva (13, 1). „In furtiva re soli domino condictio competit."

**) L. 7 § 2 D. de cond. furt. (13, 1). „Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat: nec tantum, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit; sed et si apud furis heredem diem suum obiit servus furtivus, vel non apud ipsum, post mortem tamen furis, dicendum est condictionem adversus heredem durare."

L. 8 § 1 eod. (13, 1). „Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen, id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime, cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur; semper enim moram fur facere videtur."

L. 9 eod. (13, 1). „In condictione ex causa furtiva non pro parte, quae pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus; pro parte autem heres, pro ea parte, pro qua heres est, tenetur."

L. 10 § 2 eod. (13, 1). „Tamdiu autem condictioni locus erit, donec domini facto dominium ejus rei ab eo recedat; et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit."

L. 20 eod. (13, 1). „Licet fur paratus fuerit excipere condictionem, et per me steterit, dum in rebus humanis res

§ 25.

B. Vi bonorum raptorum actio, Raub.

Wenn der Prätor für den Fall der gewaltſamen Entwendung eine eigne Klage einführte, ſo that er auch das nur als Interpret des Civilrechts, deſſen Sinn die Doctrin oder Praxis zu beſchränken drohte, ſeitdem ſie die fraudulosa contrectatio als zum furtum weſentlich hervorhob, und damit die violenta auszuſchließen ſchien. Daß der Prätor gemeint war, dieſelbe einem furtum manifestum gleich zu achten, iſt zu vermuthen, weil er dort wie hier eine actio in quadruplum gab. Wenn bei dieſer Klage die alte Anſicht, daß das quadruplum Alles ſühne, herrſchend blieb, ſo hat das ſeinen Grund darin, daß während das Edict, welches die actio furti manifesti in quadruplum einführte, ſeinem Wortlaut nach früh verloren, und dadurch der Interpretation ein freier Spielraum eröffnet war, das Edict über die bona vi rapta mit ſeinen Worten erhalten war, deren unverkennbare Abſicht deutlich dadurch ausgeſprochen war, daß die actio vi bon. rapt. ein Jahr lang auf das Vierfache, nach Ablauf des Jahrs nur auf das Simplum gehen ſollte; dies Simplum konnte nur Entſchädigung ſein, und daſſelbe Simplum war ein Theil des Einen Quadruplum. Dieſe ausdrückliche Abſicht konnte nicht durch die Analogie des furtum entfernt werden. Die beiden Delicte mußten als ſingulär gegen einander, jedes für ſich betrachtet werden.*)

---

fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.“

*) pr. I. de bon. vi rapt. (4, 2). „Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti: quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum; et est intra annum quadrupli, post annum simpli; quae actio utilis est, etiam si quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est, et extra poenam rei perse-

§ 26.
C. Damnum injuria datum.

Nachdem das älteſte Recht ſo eigentlich nur auf die Vermögensbeſchädigung (damnum) durch Entwendung bedacht geweſen war, ſo war ſeit der durch den Verkehr vermehrten Gelegenheit auch zu anderweitigen Beſchädigungen die ſpätere Geſetzgebung, wenn auch nur im Einzelnen, doch ſchon auf die Ahndung dieſer bedacht geweſen. Da wurde endlich im 6. oder 7. Jahrhundert die lex Aquilia gegeben; ein Geſetz, welches mit Derogation aller früheren Geſetze über dieſen Gegenſtand in allgemeinerer und umfaſſenderer Weiſe über widerrechtliche Beſchädigung verfügte. *)

Das erſte Capitel des Geſetzes handelt von dem beſondern Fall der Tödtung eines fremden Sclaven, oder eines vierfüßigen Viehes, welche den Thäter verpflichten ſoll zur Zahlung des höchſten Werthes, den der Gegenſtand in irgend einem Zeitpunct des letzten Jahres hatte. **)

Das zweite Capitel handelt über den unredlichen adstipulator. ***)

Das dritte Capitel verfügt wieder über das damnum und

---

cutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio; ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum est enim levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet."

*) L. 1 D. ad leg. Aquil. (9, 2). „Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit, quas leges nunc referre non est necesse." § 1. Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius Tribunus plebis a plebe rogaverit."

**) L. 2 D. pr. h. t. (9, 2). „Lege Aquilia capite primo cavetur: ut qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto."

***) Gaj. III, 215. „Capite secundo in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur."

zwar ganz allgemein, denn aus den ſpeciellen Worten des Geſetzes: *)

„Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos, si „quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ru„perit injuria, quanti ea res erit, in diebus triginta „proximis, tantum aes domino dare damnas esto.“

abſtrahirte ſchon die ältere Jurisprudenz die mens legis dahin, daß ein jedes damnum injuria corpore corpori datum gemeint und auch geſagt ſei, denn jedes corpore corpori damnum ſei entweder urere oder frangere oder rumpere.

Die noch ſchärfere und reinere Abſtraction ſpäterer Doctrin, unterſtützt durch den veränderten feineren Sprachgebrauch **) fand richtig, daß ein frangi und rumpi auch ohne körperliche Berührung, ohne das corpore, Statt finden könne, alſo auch die actio legis Aquiliae für ſolchen Fall wirkſam ſein müſſe; jedoch nur utilis heißen könne, da zur Begründung der eigentlichen, directen Aquiliſchen Klage das corpore ſo gut, wie das corpori vom einmal hergebrachten Dogma gefordert wurde. ***)

---

*) L. 27 § 5 D. h. t. (9, 2).

**) Gaj. III, 217. „Capite tertio de omni cetero damno cavetur; itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit, sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, velut canem, aut feram bestiam, velut ursum, leonem, vulneraverit vel occiderit, ex hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum injuria datum hac parte vindicatur; si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur: quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta, aut rupta, aut fracta, set etiam scissa et collisa et effusa et . . . . . aut perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur.“

***) § 16 I. de lege Aquil. (4, 3). „Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent; veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame

Wenn nun auch eine weitere Anwendbarkeit, utilitas, dieſes Geſetzes ſo wenig in der ratio legis als in der mens legislatoris lag, ſo forderte doch die ratio juris, daß wo nur immer ein damnum injuria war, auf dieſe Thatſache hin eine Klage, in factum actio gegeben werde; denn dieſelbe enthielt doch das Weſentliche des Grundes des Aquiliſchen Geſetzes, welches ſeine Klage am Ende doch mehr deshalb gab, weil ein Schade durch frangere, rumpere, als weil durch frangere rumpere ein Schade geſchehen war, mehr wegen des damnum injuria, als wegen des corpori corpore. Aber wenn auch das damnum injuria der Grundton iſt, ſo tönt doch in dem Aquiliſchen Geſetze das corpore corpori mit, und muß daher wegen des fehlenden Mitlauts der Name der Aquiliſchen Klage ceſſiren, und die von der allgemeinen ratio juris empfohlene Klage eine namenloſe ſein.*)

Die Aquiliſche Klage, ſtammend aus einer Zeit, wo der Begriff des Verſchuldens noch ſchwach ausgebildet war, hat ihre urſprüngliche Eigenthümlichkeit, daß zwiſchen abſichtlicher und fahrläſſiger Beſchädigung, dolus und culpa, nicht unterſchieden wird,**) bis in das neuſte Recht conſervirt, und ſteht in-

---

necaretur; aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliqua corporis parte laesus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum, aut de ponte, aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intellegi poterit, ideoque ipsa lege Aquilia tenetur."

*) § 16 I. eod. (4, 3). „Sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, cum non sufficiat neque directa, neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret."

**) Gaj. III, 211. „Is injuria autem occidere intellegitur, cujus dolo aut culpa id acciderit; nec ulla alia lege dam-

nerhalb dieſes als eine Singularität da. Mit dieſer Eigenthümlichkeit hat ſich natürlich die andere correlate, daß kein Unterſchied in dem Maaße der Intereſſeleiſtung gemacht wird, erhalten. Die ungeläuterte juriſtiſche Anſchauung, welche in Rückſicht des Grundes nicht dolus und culpa (urſprünglich wohl ſelbſt nicht einmal die bloße Urſächlichkeit causa, und Schuld, culpa,) unterſchied, unterſchied auch in Rückſicht der Folge nicht in Leiſtung des ganzen und in Leiſtung des bloß directen Intereſſe; denn als juriſtiſcher Grund und Folge verhalten ſich Verſchulden und Erſatzverbindlichkeit.*) Eine trübe Miſchung von directem und indirectem Intereſſe verfolgt die Klage ohne Rückſicht auf die Art des Verſchuldens, wenn ſie auf den höchſten Werth der Sache ſelbſt innerhalb des letzten Jahres oder Monats geht.**) Es ſoll ſo die Willkühr und der Irrthum des Richters in der Berechnung des indirecten Intereſſe vermieden werden, welcher oft das Unrechte treffen möchte. Sie wird vermieden durch eine reine Willkühr des Geſetzes, welche ſelten das Rechte treffen wird; denn das Rechte iſt nicht, was einmal die Sache werth war, ſondern daß erſetzt werde was ihm, dem Beſchädigten diesmal der Schade werth iſt, und ſoweit der Beſchädiger dieſen Schaden verſchuldet hat. Nach der Aquiliſchen Berechnung aber wird faſt immer zu viel oder zu wenig, ſowohl als Erſatz wie als Strafe, gezahlt werden. Gegen den Geiſt des Aquiliſchen Geſetzes war es, daß die Doctrin das höchſte indirecte Intereſſe des Schadens während der Aquiliſchen Friſt von 1 Jahr oder 30 Tagen zuge-

---

num, quod sine injuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit."

L. 44 D. pr. h. t. (9, 2). „In lege Aquilia et levissima culpa venit."

*) L. 32 pr. h. t. (9, 2).

**) L. 2 p. L. 27 § 5 D. h. t. cit. § 14 I. de leg. Aquil. (4, 3). „Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo, aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite ex dolo aut culpa de cetero damno quemque teneri."

ſtand; *) denn nur damit bei Ausmittlung des vollen Werthes zugleich bei dem directen Werth geblieben werde, wurde dieſer Ermittelung das letzte Jahr oder der letzte Monat für die Schätzung des Werthes der Sache ſelbſt zu Gebote geſtellt. Nicht minder hat ſich bei dieſer Klage die im alten Rechte gleichfalls vielen Klagen **) eigne Wirkung des Leugnens erhalten, die, daß der Beklagte, welcher die That gethan zu haben leugnend, dennoch überführt wird, auf das Doppelte gehalten wird, lis infitiando crescit in duplum.

Die actio legis Aquiliae ſteht ganz allein dem Eigenthümer ***) der beſchädigten Sache, nicht aber, wie die actio furti,

---

*) L. 21 § 1 D. h. t. (9, 2). „Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est. Quod si mortifere fuerit vulneratus, et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Julianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra scribit. § 2. Sed utrum corpus ejus solum aestimamus quanti fuerit, cum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc jure utimur, ut ejus, quod interest, fiat aestimatio.“

L. 23 § 6 eod. (9, 2). „In summa omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, pretiosiorem servum facerent, haec accedere ad aestimationem ejus, dicendum est.“

L. 51 pr. eod. (9, 2).

§ 10 I. (4, 3). „Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse secundum ea, quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea, perempto eo corpore, damni nobis allatum fuerit; veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit, quam jussu tuo adiret; nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat.“

**) Gaj. IV, 9. „Rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus; quod accidit per actionem judicati, depensi, damni injuriae — — — — legatorum nomine, quae per damnationem certa relicta sunt.“

***) L. 13 pr. D. h. t. (9, 2). „Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem; directam enim non habet,

auch anderen durch den Schaden intereſſirten Perſonen zu.*) Der Grund des Unterſchiedes iſt nicht bloß das Wort: „domino"**) im Geſetze, ſondern weil das corpori für weſentlich galt; das corpus rei kann nur dem Eigenthümer verletzt werden, welcher allein ein Recht an demſelben hat.

Die Aquiliſche Klage iſt aber nicht, wie die condictio furtiva es iſt, rein perſecutoriſch, ſondern enthält eine pönale Beimiſchung, wodurch ſie auch in Rückſicht des Beklagten ganz eigenthümlichen, aus der Regel der perſecutoriſchen und pönalen Klagen gemiſchten Grundſätzen unterliegt.***)

---

quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur."

L. 11 § 6 eod. (9, 2). „Legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est domino."

*) L. 11 § 9 eod. (9, 2). „Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere, Julianus ait, sed domino eam competere."

**) L. 2 pr. cit. „tantum aes dare domino damnas esto."

***) L. 34 § 2 D. de O. et A. (44, 7) „Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis, utraeque enim actiones rei persecutionem continent; et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; sed verius est, remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet."

L. 23 § 8 ad leg. Aquil. (9, 2). „Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat. Sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, cum sit poenalis; nisi forte ex damno locupletior heres factus sit."

L. 11 § 2 eod. (9, 2). „Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus; et si quidem apparet, cujus ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri Julianus ait; et, si cum uno agatur, ceteri non liberantur; nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena."

§ 27.
D. Injuria, Beſchimpfung.

Alles Unrecht iſt Verletzung der Perſon, aber auch alle Verletzung der Perſon iſt Unrecht. Die Perſon iſt aber theils äußerlich, concret, vermittelt in ihrem Leibe und anderem Vermögen, theils innerlich, discret, unmittelbar in ihrem Weſen als Selbſtbewußtſein und Wille. An dieſen beiden Seiten kann ſie von andern verletzt werden, und muß ſie vom Rechte geſchützt werden.

Durch die bisher genannten drei Delictsklagen wird die Vermögensverletzung, und zwar durch furti und vi bonorum raptorum actio, die als Entwendung geſtaltete, durch die actio legis Aquiliae jede anderweitige Vermögensverletzung, durch alle drei überhaupt alſo die Beſchädigung, damnum, geahndet. So bleibt als Inhalt des vierten und letzten Delicts, injuria, nur die Verletzung der Perſon in ihrer Innerlichkeit, in ihrer auf ſich ſelbſt Bezogenheit, als Selbſtbewußtſein und Wille, d. i. die Beſchimpfung, contumelia übrig.

Injuria iſt alſo: omne quod non jure fit im abſoluten Sinn, d. i. Alles, was Unrecht iſt, und nichts weiter, reines Unrecht. Es iſt hier das reine Unrecht ohne weitere Beſtimmung, welches in den andern Delicten nur als Moment eines andern Weſentlichen iſt, z. B. damnum injuria, contrectatio injuria, in ſeiner Reinheit zum Weſentlichen ſubſtantivirt. Von injuria in dieſem reinen Sinn iſt contumelia, Beſchimpfung, nicht eine näher beſtimmte Species neben andern anders beſtimmten, ſondern contumelia iſt reine injuria, und reine injuria iſt contumelia,*) Beſchimpfung, d. h. Ver-

*) L. 1 pr. D. de injuriis (47, 10). „Injuria ex eo dicta est, quod non jure fiat; omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur; hoc generaliter. Specialiter autem injuria dicitur contumelia. Interdum injuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem injuriam dicemus; nam cum quis inique vel injuste sententiam dixit, injuriam ex eo dictam, quod jure et justitia caret, quasi non juriam; contumeliam autem a contemnendo.“

letzung der reinen, eigentlichen Perſönlichkeit, d. i. des Selbſtbewußtſeins und Willens. Es kränkt die Perſon nicht zu gelten, was ſie iſt, und ihr Wollen als nicht vorhanden geachtet zu ſehen. Eben ſo iſt alſo juriſtiſches Selbſtbewußtſein oder Ehre nicht ein Theil der juriſtiſchen Perſönlichkeit, ſondern iſt die an ſich wahre juriſtiſche Perſönlichkeit in ihrem für ſich Sein.

Genauer die Manifeſtationen der Perſönlichkeit betrachtet, ſo iſt dieſelbe in ihrer letzten Erinnerung und reinen Idealität Selbſtbewußtſein. Der Inhalt dieſes Selbſtbewußtſeins, durch welches die Perſon ihren objectiven, an ſich ſeienden Werth für ſich erfaßt, iſt durch die Anerkennung des Staats, welcher ihr einen beſtimmten Character ausdrücklich oder ſtillſchweigend zuerkennt, ein objectiv rechtmäßiger, und wer durch Urtheil oder Erzählung dem widerſpricht, was die Perſon als ein ſchlechthin Wahres von ſich weiß, begeht eine reine, ideale Injurie; ſo zu nennen, weil die Verletzung gar keine materielle Exiſtenz hat, ſondern vom Bewußtſein unmittelbar ohne weitere Vermittelung am Bewußtſein begangen wird, d. h. nur ideal, intellectuell da iſt.

Hingegen im Uebergang von dieſem reinen Ich zum Ihrigen, von der Erinnerung zur Aeußerung iſt die Perſon Wille, Wollend. Sofern dieſes Wollen dasjenige zum Gegenſtand hat, was ſie rechtmäßig an ſich und für ſich hat, oder ſofern ſie ihre Rechte ausüben will,*) wird ſie verletzt von demjenigen, welcher ſie daran hindert; aber ſofern kein

---

*) L. 24 D. h. t. (47, 10). „Si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet, injuriarum experiri potest.“

L. 13 § 7 h. t. (47, 10). „Si quis me prohibeat in mari piscari, vel everriculum, quod Graece σαγήνη dicitur, ducere, an injuriarum judicio possim eum convenire? Sunt qui putent injuriarum me posse agere; et ita Pomponius; et plerique, esse huic similem eum, qui in publicum lavare, vel in cavea publica sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat; nam et hic injuriarum conveniri potest.“

Vermögensſchade geſchieht, wird eben nur ſie verletzt, alſo nur injurirt, gekränkt. Es iſt aber eine reale, eine nicht ganz reine, nicht unmittelbare Injurie; denn wiewohl Injurie, deshalb weil nur die Perſon, die Freiheit ſelbſt, verletzt iſt, iſt ſie doch real, materiell, weil ſie eine materielle Vermittlung hat, re fieri intelligitur; denn ſie wird zunächſt materiell geäußert und empfunden, indem mit materiellen Mitteln durch die materielle äußere Seite der Perſon hindurch erſt das Object aller Injurie, das Selbſtbewußtſein, die Ehre getroffen wird.*) Die Realinjurie bildet den Uebergang zu den Vermögensverletzungen. Wenn die widerrechtliche, alſo injurirende Handlung zugleich ein damnum brachte, ſo kann dieſelbe ſowohl aus dem concreten Geſichtspunct des damnum, als aus dem abſtracten der injuria ſtets aber nur aus einem verfolgt werden; denn iſt bei damnum injuria, das damnum geahndet, ſo iſt auch die injuria geahndet, denn ohne die ihm anhaftende injuria war nichts an dem damnum zu ſtrafen;**) iſt alſo die injuria zuerſt einmal geſtraft, ſo iſt an dem noch übrigen damnum nichts Wi-

*) L. 1 § 1. 2. h. t. (47, 10). „Injuriam autem fieri Labeo ait aut re, aut verbis; re, quotiens manus inferuntur; verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit. § 2. Omnemque injuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere. In corpus fit, cum quis pulsatur; ad dignitatem, cum comes matronae abducitur; ad infamiam, cum pudicitia attentatur.“

**) L. 34 pr. D. de O. et A. (44, 7). „Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et Aquiliam, et actionem injuriarum; injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa; et ideo possunt utrae competere. Sed quidam, altera electa alteram consumi, alii, per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum qui aestimationem praestitit; sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia; sed et haec sententia per Praetorem inhibenda est: nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. Rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit, actionem prius exercere; quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.“

derrechtliches mehr, was geſtraft werden könnte; denn das Unrecht, was einmal geſtraft iſt, iſt nicht mehr vorhanden.

Im Begriffe der Injurie, an welcher lediglich die Anſicht und Abſicht des Handelnden das Verletzende iſt,*) liegt es, daß die injurirende Handlung mit Bewußtſein und Abſicht geſchehen muß, d. i. mit dem Wiſſen, daß ſie geſchieht, dolo, und mit dem Wiſſen, was dieſelbe, nämlich daß ſie injuria ſei, d. i. mit dem animus injuriandi, welcher übrigens bei einer objectiv oder ſchlechthin beleidigenden Handlung, die alſo gar nicht anders gemeint ſein konnte, in der Abſicht, im dolus, enthalten iſt.

Da die Injurie die Perſönlichkeit und ſomit das Individuellſte zum Gegenſtand hat, ſo iſt auch die Frage, ob eine Handlung überhaupt Injurie und wie ſchwer ſie ſei, abſolut individuell; **) ihre Entſcheidung richtet ſich nach dem Stande, Alter, Geſchlecht beider Perſonen, nach Ort, Veranlaſſung ihrer Begegnung ꝛc.

Die reine, ideale Injurie iſt vollendet, ſobald die mißachtende Geſinnung, animus injuriandi, erkennbar iſt; denn daß eine Perſon über den Werth einer andern Perſon Falſches

---

*) L. 3 pr. § 1. 2. D. de injur. (47, 10). „Illud relatum peraeque est, eos qui injuriam pati possunt, et facere posse. § 1. Sane sunt quidam, qui facere non possunt, utputa furiosus et impubes, qui doli capax non est; namque hi pati injuriam solent, non facere. Cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri. § 2. Itaque pati quis injuriam, etiam si non sentiat, potest; facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere, etiam si nesciat cui faciat.“

**) L. 7 § 8 h. t. (47, 10). „Atrocem autem injuriam aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo ait. Persona atrocior injuria fit, ut cum magistratui, cum parenti, patrono fiat. Tempore, si ludis, et in conspectu; nam Praetoris in conspectu, an in solitudine injuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quae in conspectu fiat. Re atrocem injuriam haberi, Labeo ait, utputa si vulnus illatum, vel os alicui percussum.“

denkt und urtheilt, iſt das Beleidigende. Die körperlich geſtaltete, die Realinjurie hingegen, da ſie ein äußerliches Daſein fordert, iſt als ſolche erſt vollendet, ſobald die beabſichtigte körperliche Einwirkung vollendet iſt. Jede verſuchte Realinjurie aber iſt eine vollendete Idealinjurie; denn Verſuch iſt die geäußerte, alſo innerlich ernſt vorhandene Abſicht, hier die Abſicht zu beleidigen, und das iſt Idealinjurie.

Wenn eine Injurie begangen iſt, ſo gehört das Forderungsrecht aus derſelben lediglich der beleidigten Perſon in ihrer ſimultan und ſucceſſive unvertretbaren Individualität, nicht aber ihrer vertretbaren Vermögensherrlichkeit; denn die Perſon allein iſt verletzt, nicht das Vermögen. Die Forderung geht daher nicht auf Vermögenserlangung, ſondern rein auf Rache, Sühne, intellectuelle Genugthuung. Die Pflicht der Verantwortung haftet lediglich an der beleidigenden Perſon ſelbſt, nicht an ihrem Vermögen, denn an ihm kann ſo wenig Rache genommen werden, als es beleidigen konnte. *)

Die abſolut beſtimmten Strafſätze, **) welche das alte indiscrete Recht geſetzt hatte, damit der Willkühr des Richters

---

*) L. 15 § 14 D. h. t. (47, 10.) „Injuriarum actio, quae ex convicio nascitur, in heredes non est reddenda; sed nec heredi.“

L. 13 p. eod. (47, 10). Injuriarum actio neque heredi neque in heredem datur. Idem est, et si in servum meum injuria facta sit; nam nec hic heredi meo injuriarum actio datur. Semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere.“

L. 28 D. h. t. (47, 10). „Injuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.“

L. 1 § 4 h. t. (47, 10). „Et si forte cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes bonorumve possessores exstitimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem; spectat enim ad existimationem nostram, si qua ei fiat injuria. Idemque et si fama ejus cui heredes exstitimus, lacessatur.“

**) Gaj. III, 223. „Poena autem injuriarum ex lege XII tabu-

kein Spielraum bleibe, wurden durch die feinere Unterſcheidung beginnender juriſtiſcher Bildung in abſolut unbeſtimmte verwandelt, damit der Gerechtigkeit des Richters keine Schranke geſetzt werde. Denn eine lex Cornelia*) ſetzte ſtatt der ſpeciellen Talion für ein membrum ruptum, ſtatt der abſolut beſtimmten Geldpön von 300 oder 150 Aſſen für ein os fractum aut collisum, für die ſchwereren Injurien „si quis verberatus pulsatusve sit“ eine arbitraire Geldbuße, welche mit der actio legis Corneliae verfolgt wurde. Für geringere Injurien gab das Edict ſtatt der altcivilen Strafe von 25 Aſſ. eine actio injuriarum aestimatoria auf eine arbitraire Geldbuße. **)

Daß die Klage wegen ſchwerer Injurie ſchon im alten Recht auf Talion ging, ſcheint der durch ſie zu verfolgenden vindicta angemeſſen, daß noch im neuern Recht die Injurienklage auf Geld gerichtet wird, ſcheint ihrem Grunde und Zwecke fremdartig. Was aber genauer dieſe alte Talion betrifft, ſo iſt in Wahrheit die ſpecielle Talion eine Rohheit,

---

larum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat, velut si libero os fractum erat; at si servo CL; propter ceteras vero injurias XXV assium poena erat constituta; et videbantur illis temporibus, in magna paupertate, satis idoneae istae pecuniariae poenae.“

*) L. 5 p. D. h. t. (47, 10). „Lex Cornelia de injuriis competit ei, qui injuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat.“

L. 37 § 1 eod. (47, 10). „Etiam ex lege Cornelia injuriarum actio civiliter moveri potest, condemnatione aestimatione judicis facienda.“

**) § 7 I. de injur. (4, 4). „Sed poena quidem injuriarum, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit; quam autem Praetores introduxerunt, quae etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitaeque honestatem, crescit aut minuitur aestimatio injuriae.“

und nicht gemeint mit gerechter Vergeltung, iſt nur da gerecht und auch nur da vom heutigen Recht erhalten, wo es ſich Alles um Alles handelt, Leben um Leben. Alſo die Abſchaffung der ſpeciellen Talion bei Injurie iſt in Wahrheit ein Fortſchritt in der Gerechtigkeit.

In Geld gebüßt werden iſt und bleibt für alle Zeiten eine wahre Strafe für den, der ſie leidet, ſcheint aber keine ehrenvolle Genugthuung für den, der das Geld bekommt, weil er dadurch ſeine Ehre käuflich zu machen ſcheint; und es ſcheint nicht Gerechtigkeit, ſondern Rache, daß ſie dem beleidigten Individuum und nicht vielmehr dem Staate zufällt. Für die Zeit aber, in welcher die Perſon noch nicht klar vom Vermögen geſchieden wird, iſt noch nicht das Unhonette, für dieſelbe Zeit, in welcher die Privatperſon unmittelbar an der Staats-Souverainität Theil hat, iſt das Unrechte noch nicht vorhanden. In einer entwickelteren Zeit aber, wo die Gebildeten die Perſon vom Vermögen trennen, iſt es ehrenvoller, auf eine öffentliche Geldpön oder eine andere öffentliche Strafe anzuklagen, *) und gerecht, daß die einmal erkannte öffentliche Strafe nicht von der Willkühr der Privaten erlaſſen werden kann. Daß der Verbrecher die Vergeltung leide, iſt bei der Strafe der einzige Zweck und Gewinn der Gerechtigkeit und des Gerechten. Ebenſo wird es nicht honett mehr ſein, wegen furtum eine Vermögensſtrafe für ſich ſelbſt zu fordern, und iſt deshalb vom neuern Recht auch hier der doppelte Rechtsweg der

---

*) L. 7 § 6 h. t. (47, 10). „Posse hodie de omni injuria, sed et de atroci civiliter agi, Imperator noster rescripsit."

L. 45 eod. (47, 10). „De injuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui solet. Et servi quidem flagellis caesi dominis restituuntur; liberi vero, humilioris quidem loci, fustibus subjiciuntur, ceteri autem vel exilio temporali, vel interdictione certae rei coërcentur."

L. 6 D. h. t. (47, 10). „Plane si actum sit publico judicio, denegandum est privatum; similiter ex diverso."

actio auf Privatſtrafe und der accusatio auf öffentliche Strafe eröffnet,*) welcher aber nur alternativ verfolgt werden kann; denn jeder von beiden führt zur vollen Strafe, und nur einmal kann das eine Delict geſtraft werden.

III. Obligationes quasi ex contractu.**)

§ 28.

A. Negotiorum gestio.

Negotiorum gestio iſt die Führung fremder Geſchäfte, welche oft einem Mandate ähnliche Obligationsverhältniſſe erzeugt. Dieſelbe erfordert, daß fremde Geſchäfte von dem, der wußte, daß es nicht ſeine eigene ſeien, freiwillig und ohne Auftrag des Geſchäftsherrn und ohne Verbot deſſelben geführt ſeien, um ihn ſich zur Entſchädigung zu verbinden. Daraus entſteht für den dominus negotii gegen den negotiorum gestor, welcher aus dieſem präſumtiven Mandat, wie aus einem wirklichen, für omnis culpa haftet, eine directa, für den negotiorum gestor auf gleiche Weiſe eine contraria actio negotiorum gestorum.***)

---

*) L. 92 D. de furtis (47, 2). „Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi, et eum qui agit, in crimen subscribere, non quasi publicum sit judicium, sed quia visum est, temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coërcendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit civiliter agere.“

**) pr. I. de obl. quasi ex contr. (III, 27). „Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.“

***) § 1 I. de obl. quasi ex contr. (III, 27). „Igitur quum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestae adversus eum, qui gessit, directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est, quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato

Die Ausführung des Geſchäfts braucht, damit die contraria begründet werde, dem dominus keine reelle Bereicherung gebracht zu haben, wenn nur die Führung des unternommenen eine nützliche, und die Uebernahme ſelbſt eine nützliche war, *) d. h. das Geſchäft mußte kein willkührlich unternommenes ſein, ſondern objectiv als ein zu führendes exiſtiren.

---

quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit. Ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, desererentur negotia, quae sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia."

*) L. 10 § 1 D. de negot. gest. (3, 5). „Is autem, qui negotiorum gestorum agit, non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium; et ideo, si insulam fulsit, vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum; idque et Labeo probat. Sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat, non semper debere dari. Quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumtui dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit? Oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere. Sed istam sententiam Celsus eleganter deridet; is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit; non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias, aggreditur. Juxta hoc est et quod Julianus scribit, eum, qui insulam fulsit, vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus. Ego quaero, quid, si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum

§ 29.

B. Tutelae actio.

Auch die Vermögensverwaltung des Tutor für den Mündel wird mit Recht als eine obligatio quasi ex contractu angeſehen *)

§ 30.

C. Die Obligation aus einer zufälligen Gemeinſchaft, communio incidens.

Es können mehrere zufällig z. B. in Folge einer Societät, eines Vermächtniſſes, einer Schenkung, eines Fundes, gemeinſchaftlich ein Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht erwerben, in eine communio treten. Hier ſollen die condomini, als wenn ſie contrahirt hätten, ipso jure unter andern auch dazu verpflichtet ſein, miteinander zu theilen, oder ſich behülflich ſein, ihren ideellen Theil in einen reellen zu verwandeln; darauf geht die actio communi dividundo.**) Gleichartig der communi dividundo actio iſt

---

gestorum actionem; ut enim eventum non spectemus, debet utiliter esse coeptum."

*) § 2 I. de obl. quasi ex contr. (III, 27). „Tutores quoque, qui tutelae judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati intelliguntur, (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur) sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed e contrario tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditori ejus obligaverit."

**) § 3 I. de obl. quasi ex contr. (III, 27). „Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter iis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt. Sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur."

die familiae herciscundae actio, durch welche mehrere Miterben gegenſeitig gehalten ſind, die ideel getheilten Erbſchaftsſachen reell zu theilen. *) Den genannten Klagen in manchen Beziehungen ähnlich iſt die finium regundorum actio, die zwiſchen Eigenthümern aneinander gränzender ländlicher Grundſtücke auf Berichtigung der ſtreitigen Gränzen geht. **)

§ 31.

D. Die Verbindlichkeit des Erben zur Auskehrung der Vermächtniſſe. ***)

§ 32.

E. Condictiones, repetitiones.

Der Name condictio bezeichnet in ſeiner weiteſten und vielleicht älteſten Bedeutung daſſelbe, was in personam actio. †)

---

*) § 4 I. h. t. (III, 27). „Idem juris est de eo, qui coheredi (suo) familiae erciscundae judicio ex his causis obligatus est."

**) L. 2 § 1 D. finium regundor. (10, 1). „Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat; et si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere judex velit, potest hoc facere per judicationem et condemnationem."

***) § 5 I. de obl. quasi ex contr. (III, 27). „Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) et tamen, quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur."

†) Gaj. IV, 5.

L. 9 pr. § 1 D. de reb. cred. (12, 1). „Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur; sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto; licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo praesens sit obligatio; ceterum si in diem sit, vel sub conditione obligatio, ante diem, vel conditionem non potero agere. § 1. Competit haec actio etiam ex legati causa, et ex lege Aquilia; sed et ex causa

Vorzugsweiſe aber wird er für eine gewiſſe Claſſe von perſönlichen Klagen gebraucht. Grade wie credere im weitern Sinne jedes Forderungsrecht,*) im engern Sinne das Zurückforderungsrecht bedeutet, ſo iſt condicere im engern vorzüglichen Sinne: Mit einer perſönlichen Klage zurückfordern, was aus unſerm Vermögen her in ein fremdes Vermögen übergegangen, jetzt ohne einen rechten Grund da iſt.

Von dieſer Art iſt recht eigentlich die condictio ex mutuo; denn der Debitor hat ohne Grund das Eigenthum des angeliehenen Geldes, ſobald durch eingetretene Endtermine, Bedingung oder Kündigung die Friſt des Darlehns abgelaufen iſt.

Dahin gehört gleichfalls nach alter Rechtsanſicht die condictio furtiva, welche, wie oben bemerkt, aus der Uebergangsperiode vom älteſten zum mittlern Recht ihren Urſprung hat, aus einer Rechtsdogmatik, welche dem älteſten Recht gemäß noch annahm, daß der Dieb durch Erlegung des duplum und quadruplum Käufer und Eigenthümer des Geſtohlenen werde, aber es ſchon der Billigkeit zuwider fand, daß er das ſo erworbene Eigenthum behalte. So war dieſe Klage zur Zeit ihrer Einführung nicht contra tenorem rationis. Als aber eine ſpätere Jurisprudenz zwiſchen dolus und culpa unterſchied, und nur denjenigen, welcher wegen culpa die aestimatio leiſtete, als Käufer anſah, nicht aber den, welcher wegen dolus aestimationem präſtirt**) und demgemäß auch den Dieb, der poenae nomine das duplum leiſtete, nicht mehr als dominus betrachten konnte, ſo ließ man doch dieſe nunmehr ſinguläre condictio, mit welcher Einer ſein Eigenthum condicirt, beſtehen, nicht bloß in odium furis,***)

---

furtiva per hanc actionem condicitur, sed et si ex Senatusconsulto agetur, competit haec actio."

*) L. 1 D. de reb. cred. (12, 1).

**) L. 69 D. de rei vind. (6, 1). „Is, qui dolo fecit, quo minus possideret, hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, quas ejus rei nomine habeat, se ei praestiturum."

***) Gaj. IV, 4.
L. 12 D. usufructuarius quaemadmod. (7, 9). — — „et

ſondern in utilitatem domini, welcher vor dem Sctum Juventianum unter Hadrian, wo eine rei vindicatio nur gegen den wirklichen Beſitzer ging,*) durch die rei vindicatio doch nur zum Seinigen hätte kommen können, wenn der Dieb oder ein Anderer noch wirklich die geſtohlene Sache beſaß.

Dahin gehört nicht minder die ſchon oben zum Theil abgehandelte condictio causa data non secuta.**) Wer einem Andern etwas giebt für oder wegen eines künftigen Ereigniſſes, ſei dieſes eine Gegenleiſtung des Empfängers oder ſonſt Etwas, fordert mit dieſer condictio das Gegebene zurück, wenn das erwartete, als Bedingung des dauernden Behaltens gemeinte Ereigniß ausbleibt.

Von derſelben Art, und als nicht aus eigentlichem Contract oder Delict entſtehende, grade hier zu nennende ſind: die condictio indebiti, condictio ob turpem vel injustam causam, condictio sine causa.

§ 33.

A. Indebiti condictio

Iſt die condictio, mit welcher Einer das zurückfordern darf, was er einem Andern aus dem Irrthum, deſſen ſchuldig zu ſein, gab; die Klage auf Rückforderung der irrthümlich gezahlten Nichtſchuld, indebitum, errore solutum.***)

1) Nichtſchuld, indebitum. Es kann Alles condicirt werden, was gewiß nicht geſchuldet wurde†) und was nicht

---

proditum est, neminem rem suam, nisi furi condicere posse."

*) L. 27 § 3 D. de rei vind. (6, 1).

**) L. 1 § 1 D. de cond. ob turp. (12, 5). „Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est."

***) L. 1. D. de condict. indeb. (12, 6). „Nunc videndum de indebito soluto. § 1. Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio."

†) L. 26 § 3 D. h. t. (12, 6). „Indebitum autem solutum

geſchuldet wurde.*) Was aber naturaliter geſchuldet wurde, gilt hier nicht als indebitum**) und kann, einmal gezahlt, nicht condicirt werden.

2) Irrthümliche Zahlung. Als Irrthum gilt hier nicht bloß der error facti, ſondern auch der entſchuldbare***) Rechtsirrthum.

3) Die Zahlung, solutum. Es muß nicht bloß gegeben, ſondern auch empfangen ſein. Es muß bona fide angenommen ſein, d. h. im Glauben eines Forderungsrechts. Widrigenfalls iſt der Empfänger fur, wird nicht dominus, und kann nur mit der condictio furtiva belangt werden. †) Zahlung

---

accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit."

*) L. 16 D. h. t. (12, 6). „Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. § 1. Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur."

**) L. 9 D. h. t. (12, 6). „Nam et maritus, si, quum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit."

L. 32 § 2 D. h. t. (12, 6).

L. 28 D. h. t. (12, 6). „Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest."

***) L. 10 C. de jur. et fact. ignor. (1, 18). „Quum quis jus ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est."

†) L. 12 D. usufructuarius quemadmodum. (7, 9). „Et proditum est, neminem rem suam, nisi furi condicere posse."

L. 14 D. de condict. causa data (12, 4). „Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit; sed ipse dominus tenetur, ut Julianus scribit. Quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur; non enim quasi indebitum datum

iſt jede Erfüllung einer vermeintlichen Verbindlichkeit, alſo nicht bloß Hingeben einer vermeintlich geſchuldeten Sache oder Geldſumme, ſondern auch Ausſtellung einer Quittung wegen vermeintlich empfangener Zahlung, eines Schuldſcheins wegen vermeintlich empfangenen Darlehens oder anderweitig eingegangener Schuld.

4) Das Fundament der Klage iſt das indebitum solutum. Deshalb hat dieſes in der Regel der Kläger zu beweiſen. Wird aber der Beklagte, den Empfang läugnend, dieſes überführt, ſo geht auf ihn zur Strafe der Beweis der Schuld über. Von der Regel der Beweislaſt ſind diejenigen Perſonen befreit, von denen die nöthige Aufmerkſamkeit und Vorſicht in Geſchäften nicht erwartet werden kann: Weiber, Soldaten, Minderjährige.*) Wenn die Zahlung in Aus-

repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit, ratihabitione non intercedente; vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator; cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse.“

*) L. 25 pr. § 1 D. de probat. et praesumt. (22, 3). „Quum de indebito quaeritur, quis probare debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est, ut, si quidem is, qui accepisse dicitur rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit, et ipse, qui dedit, legitimis probationibus solutionem approbaverit, sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes praestandas, quod pecuniam debitam accepit; per etenim absurdum est, eum, qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat; qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundat; et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse, et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum, et nisi

ſtellung einer Schuldverſchreibung beſtand, ſo ſoll, wenn die Verſchreibung eine beſtimmte causa debendi, wie z. B. Darlehn, rückſtändiger Kaufſchilling enthält, der Kläger das Nichtdaſein dieſer causa beweiſen. Wenn aber keine beſtimmte causa genannt iſt, ſo ſoll der Beklagte angeben, aus welchem Grunde, und beweiſen, daß er aus dieſem Grunde zu fordern habe.*)

§ 34.

B. Condictio ob turpem vel injustam causam.

Was Jemand ſchändlicher oder ungerechter Weiſe empfangen hat z. B. um ein Unrecht zu unterlaſſen, oder um ſeine Rechtspflicht zu erfüllen **) kann ihm der Geber mit dieſer Klage

---

hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere. § 1. Si autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidiae deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere."

*) L. 25 § 4 D. h. t. (22, 3). „Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse."

**) L. 1 § 2. L. 2 pr. D. de cond. ob turp. vel injust. caus. (12, 5). „Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

L. 2 pr. § 1. „Utputa dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas; in qua specie Julianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum mihi redderes."

wieder abfordern, falls er nicht durch das Geben auch ſeinerſeits *) eine turpitudo beging.

§ 35.

C. Condictio sine causa.

Dieſe condictio enthält das Allgemeine aller einzelnen Condictionen. Während dieſe letzteren ſich weſentlich darauf ſtützen, wie das Condicirte in das fremde Vermögen hinübergegangen ſei, als: mutuum, als ob rem, ob causam datum, als indebitum solutum, ſo ſtützt ſich dieſe condictio weſentlich bloß darauf, daß der Gegenſtand ſich ohne einen Rechtsgrund in einem fremden Vermögen befinde, ohne daß der Nachweis einer beſtimmten causa des Uebergangs weſentlich wäre; wenn nur irgend eine angeführt und dargethan wird, aus welcher hervorgeht, daß kein Rechtsgrund ſei, es jetzt zu behalten. **)

---

*) L. 8 D. h. t. (12, 5). „Porro autem si et dantis, et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est.“

L. 4 § 2. 3 D. h. t. (12, 5). „Quotiens autem solius accipientis turpitudo versatur, Celsus ait, repeti posse; veluti si tibi dedero, ne mihi injuriam facias. § 3. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt; sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis; illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, quum sit meretrix.“

**) L. 1 D. de cond. sine causa (12, 7). „Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si quis solverit indebitum. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. § 1. Sed etsi ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere. § 2. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore. § 3. Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam.“

§ 36.

D. Condictio ex lege.

Eine Species der condictio im weitern Sinne iſt die condictio ex lege; denn ſo heißt jede perſönliche Klage, die durch ein Geſetz eingeführt iſt, ohne einen vorhandenen oder neuen beſondern Namen erhalten zu haben. *)

§ 37.

E. Condictio triticiaria.

Die Eintheilung in certi condictio und condictio triticiaria iſt die bei den Claſſikern weniger gebräuchliche Terminologie für eine Eintheilung der Condictionen im weiteſten Sinn. Certi condictio iſt die Klage, mit welcher eine beſtimmte Geldſumme gefordert wird, condictio triticiaria jede andere. **)

L. 4 D. h. t. (12, 7). „Nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.“

*) L. unica D. de cond. ex lege (13, 2). „Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.“

**) L. 1 D. de cond. tritic. (13, 3). „Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur; qui autem alias res, per triticiariam condictionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere, sive in mensura constent, sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus, etsi vectigalis sit, sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque praediorum. § 1. Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis, ex quibus potest, veluti ex causa furtiva, vel mobili vi abrepta.“

IV. Obligationes quasi ex delicto.

§ 38.

A. In factum actio adversus judicem, qui litem suam fecit.

Das iſt die Klage, welche der durch ein aus dolus oder culpa ungerechtes Urtheil des Richters *) beſchädigten Partei gegen dieſen auf Entſchädigung zuſteht.

§ 39.

B. Actio de effusis et dejectis.

Wenn aus einem Gebäude etwas auf die gangbare Straße herabgegoſſen oder geworfen iſt, ſo ſteht gegen den Bewohner des Locals, von wo es geſchah, dieſe Klage zu, und zwar a) dem Beſchädigten wegen Beſchädigung von Sachen auf das duplum; dem an ſeinem Leibe Beſchädigten auf einfache Entſchädigung. b) Wegen Tödtung eines freien Menſchen aber ſteht ſie als actio popularis auf die Strafe von 50 aurei Jedem zu. **)

---

*) pr. I. de obl. quae quasi ex del. (4, 5). „Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur, poenam sustinebit.“

**) § 1 I. h. t. (4, 5). „Item is, ex cujus coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere; quo casu poena decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum quin-

§ 40.

C. Actio de posito et suspenso.

So heißt die actio popularis gegen den, der über einer gangbaren Straße etwas auf gefährliche Weiſe hingeſtellt oder gehängt hat, auf Beſeitigung der Gefahr und eine Strafe von 10 aurei *)

§ 41.

D. Actio furti (et damni) adversus nautas, caupones, stabularios.

Wenn von den Gehülfen, Dienſtleuten, Gäſten eines Gaſtwirths, Stallwirths oder Schiffsrehders einem Reiſenden ein Diebſtahl oder doloſe Beſchädigung widerfährt, ſo hat er gegen die Letzteren außer dem Entſchädigungsanſpruch eine Pönalklage**) auf das Doppelte. ***)

---

quaginta aureorum poena constituitur. Si vero vivat nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem aequum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est."

*) § 1 I. cit. (4, 5).

**) § 3 I. h. t. (4, 5). „Item exercitor navis, aut cauponae, aut stabuli de dolo, aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Quum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit."

***) L. unica § 2. 3 D. furti adversus nautas (47, 5). „Et est in duplum actio. Quum enim in caupona vel in navi res perit, ex Edicto Praetoris obligatur exercitor navis, vel caupo, ita ut in potestate sit ejus, cui res surrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario jure, an cum fure jure civili experiri."

V. Andere obligationes ex variis causarum figuris.

A. Juriſtiſche Beſchränkungen der natürlichen Freiheit des Eigenthums.

§ 42.

A. Interdictum de glande legenda.

Jeder Grundeigenthümer iſt ſchuldig, dem Nachbarn zu geſtatten, daß dieſer das von ſeinem Grundſtück auf das eigene hinübergefallene Obſt, wenigſtens einen Tag um den andern, von dort aufleſe und abhole *)

§ 43.

B. Interdictum de arboribus caedendis.

Wenn Bäume oder Gebüſch über ein fremdes Gebäude hinüberhängen, ſo ſoll der Eigenthümer derſelben ſie auf Verlangen des Hauseigenthümers entweder ſelbſt abhauen, oder ſich gefallen laſſen, daß dieſer ſie ſelbſt abhaue und das Holz behalte. **) Wenn die Bäume über einen fremden Acker ragen, ſo ſoll der Eigenthümer derſelben ſie zwar nicht exſtirpiren, aber bis zur Höhe von 15 Fuß vom Boden an ſie bis zur gehörigen Tiefe entweder ſelbſt behauen, oder den Betheiligten nicht verhindern, das ſelbſt zu thun. ***)

---

*) L. unica D. de glande legenda (43, 28). „Ait Praetor: glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto. § 1. Glandis nomine omnes fructus continentur.“

**) L. 1 pr. D. de arborib. caed. (43, 27). „Ait Praetor: Quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet, si per te stat, quo minus eam adimas, tunc, quo minus illi eam arborem adimere sibique habere liceat, vim fieri veto.“

***) L. 1 § 7 D. h. t. (43, 27). „Deinde ait Praetor: Quae arbor ex agro tuo in agrum illius impendet, si per

§ 44.

C. Aquae pluviae arcendae actio.

Dieſes Rechtsmittel *) iſt dem Eigenthümer eines ländlichen Grundſtücks gegen den benachbarten Grundeigenthümer gegeben für den Fall, daß ſich auf des letzteren Grundſtück ohne beſonderes Recht und ohne Nothwendigkeit für den Ackerbau **) dieſes Grundſtücks eine Veranſtaltung befindet, durch welche Jenem zum Nachtheil ſeines Ackerbaues ***) ſei es durch Stauen †) oder durch Hinableiten, mehr Regen oder Sammelwaſſer ††) zugeführt

---

te stat, quo minus pedes quindecim a terra eam altius coerceas, tunc quo minus illi ita coercere, lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto." § 9 eod. „Differentia duorum capitum interdicti haec est, si quidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur, si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri."

*) L. 1 § 1 D. de aqua et aquae pluviae arcendae (39, 3). „Haec autem actio locum habet in damno nondum facto, opere tamen jam facto, hoc est de eo opere, ex quo damnum timetur; totiesque locum habet, quoties manu facto opere agro aqua nocitura est, id est, quum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret, si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem, aut si comprimendo redundare effecit. Quodsi natura aqua noceret, ea actione non continetur."

**) L. 1 § 5 D. h. t. (39, 3). — quodsi aliter serere non possit, nisi sulcos aquarios fecerit, non teneri."

***) L. 1 § 17 D. h. t. (39,3). „Item sciendum est, hanc actionem non alias locum habere, quam si aqua pluvia agro noceat. Ceterum si aedificio vel oppido noceat, cessat actio ista; agi autem ita poterit, jus non esse stillicidia, flumina immittere."

†) L. 1 § 13 D. h. t. (39, 3). „Item sciendum est, hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam, quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere; et inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet."

††) L. 1 pr. D. h. t. (39, 3). „Aquam pluviam dicimus, quae

wird, als er von Natur und ohne dies Werk haben würde. Dieſe perſönliche*) Klage geht nur gegen den Eigenthümer, und zwar nicht auf Entſchädigung wegen vergangenen Schadens, ſondern nur auf Wegnahme des Werks. Hatte der beklagte Grundeigenthümer das Werk ſelbſt gemacht, ſo geſchieht die Wegnahme auf deſſen, widrigenfalls auf des Klägers Koſten.**)

§ 45.

D. Verbindlichkeit zur Cautionsleiſtung wegen damnum infectum.

Wenn ein Gebäude durch ſeine Baufälligkeit einem benachbarten Grundſtück Schaden droht, ſo kann jeder rechtmäßige***) Innehaber des bedrohten Grundſtücks von jedem dinglich berechtigten Innehaber des baufälligen Grundſtücks eine angemeſſene Caution wegen etwa eintretender Beſchädigung verlangen, und im Falle der Verweigerung dieſer Caution als Executionsmittel die Einweiſung in den Beſitz des Gebäudes, immissio in possessionem aedium erwirken, welche im Falle fortdauernder Contumaz durch ein zweites obrigkeitliches Decret (missio ex secundo decreto) dem Immittirten vol-

---

de coelo cadit, atque imbre excrescit, sive per se haec aqua coelestis noceat, ut Tubero ait, sive cum alia mixta sit.“

*) L. 6 § 5 D. h. t. (39, 3). „Aquae pluviae arcendae actionem, sciendum est, non in rem, sed personalem esse.“

**) L. 6 § 7 D. h. t. (39, 3). „Celsus scribit, si quid ipse feci, quo tibi aqua pluvia noceat, mea impensa tollere me cogendum; si quid alius, qui ad me non pertinet, sufficere, ut patiar te tollere.“

***) L. 13 § 8. 9. D. de damno infecto (39, 2). „Superficiarium et fructuarium damni infecti utiliter stipulari hodie constat. § 9. Sed ei, qui bona fide a non domino emit, damni infecti stipulationem non competere Marcellus ait.“

L. 13 § 5 D. h. t. (39, 2). „Vicinis plane inquilinisque eorum, et inquilinorum uxoribus cavendum esse, ait Labeo; item his, qui cum his morentur.“

les Eigenthum *) oder Erſitzungsbefugniß überhaupt die condicio des Exmittirten gewährt.

§ 46.

E. Operis novi nunciatio.

Wenn durch ein unternommenes Bauwerk das Intereſſe eines benachbarten Grundſtücks gefährdet ſcheint, ſo kann jeder an demſelben dinglich Berechtigte gegen die Fortſetzung des Werks eine Einſage thun, opus novum nunciare, an den Bauherrn unmittelbar oder an die in ſeinem Namen Handelnden, welche den Bauunternehmer verpflichtet inne zu halten, **) bis über ſein Recht ***) zu dieſem Bau entſchieden iſt; es ſei denn, daß der, welchem nunciirt iſt (Nunciat) dem Nuncianten genügende Caution leiſtet.

---

*) L. 15 § 16 D. h. t. (39, 2). „Julianus scribit, eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur.“

**) L. 1 pr. § 1 D. de operis novi nunciatione (39, 1). „Hoc edicto promittitur, ut, sive jure, sive injuria opus fieret, per nunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is, qui nunciasset, non haberet. § 1. Hoc autem Edictum, remediumque operis novi nuntiationis adversus futura opera inductum est, non adversus praeterita, hoc est adversus ea, quae nondum facta sunt, ne fiant; nam si quid operis fuit factum, quod fieri non debuit, cessat Edictum de operis novi nuntiatione, et erit transeundum ad interdictum, Quod vi aut clam factum erit, ut restituatur, et Quod in loco sacro religiosove, et Quod in flumine publico ripave publica factum erit; nam his interdictis restituetur, si quid illiciti factum est.“

L. 1 § 12 D. h. t. (39, 1). „Hoc autem Edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae solo conjuncta sunt, quorum aedificatio, vel demolitio videtur opus novum continere.

***) L. 1 § 6. 7 D. h. t. (39, 1). „In operis autem novi nuntiatione possessorem adversarium facimus. § 7. Sed si

§ 47.

F. Interdictum quod vi aut clam.

Wenn eigenmächtig, alſo gewaltſam oder heimlich, vi aut clam, an Grund und Boden ein neues Werk gemacht iſt,*) ſo ſteht jedem, der ein rechtliches Intereſſe daran hat, gegen jeden Innehaber des Werks dieſes Rechtsmittel auf die Wegnahme des Werks zu, welche der Urheber als Beklagter auf eigene Koſten, der dritte Innehaber auf des Klägers Koſten vornehmen muß.

§ 48.

B. Poſſeſſoriſche Interdicte.

Unter poſſeſſoriſchen Interdicten verſtehen die Juriſten mitunter alle diejenigen, welche überhaupt eine Beziehung auf Beſitz oder Detention von Sachen haben, und in dieſer vagen Bedeutung giebt es drei Claſſen ſolcher Interdicte: adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis interdicta.**) In einem beſtimmteren Sinn aber heißen nur diejenigen poſſeſſoriſch, welche zum Schutze einer wahren possessio, die corpore

---

is, cui opus novum nuntiatum est, ante remissionem aedificaverit, deinde coeperit agere, jus sibi esse ita aedificatum habere, Praetor actionem ei negare debet, et interdictum in eum de opere restituendo reddere."

*) L. 1 pr. § 1. 2. D. quod vi aut clam (43, 24). „Praetor ait: Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi potestas est, restituas. § 1. Hoc interdictum restitutorium est, et per hoc occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur; jubentur enim ea restituere. § 2. Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi an non; sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci."

**) Gaj. IV. § 142. 143. „Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta, aut restitutoria, aut exhibitoria. § 143. Sequens in eo est divisio, quod vel adipiscendae possessionis causa comparata sunt, vel retinendae, vel reciperandae."

und animo beſteht, gegeben ſind; und zwar retinendae possessionis diejenigen, welche dem noch Statt habenden Beſitze Schutz gewähren; recuperandae possessionis diejenigen, welche auf Wiedererlangung eines entwundenen wahren Beſitzes gerichtet ſind. Im recht juriſtiſchen Sinne aber ſind, wie unten bei den ſogenannten recuperandae poss. interd. erhellen wird, alle Interdicte zum Schutze des wahren Beſitzes nur retinendae possessionis.

A. Retinendae possessionis interdicta.

§ 49.

1. Uti possidetis.

Dieſes Interdict iſt zum Schutze des Beſitzes unbeweglicher Sachen.*) Es ſteht demjenigen zu, welcher die Abſicht, den animus possidendi hat und zugleich die Detention der Sache, das corpus zu haben vermeint gegen denjenigen, der ebenſo neben der Abſicht gleichfalls das corpus wirklich zu haben vermeint. Beide Parteien behaupten alſo das Gleiche.**) Eine kann aber nur wirklich Beſitzer ſein. Der Richter wird denjenigen von Beiden für den wirklichen rechten Beſitzer erklären, welcher gegenwärtig eine nach der Natur des Gegenſtandes genügende ausſchließende Herrſchaft über das Grundſtück beweiſt, ohne daß ihm nachgewieſen werden kann, daß er ſich dieſe Herrſchaft durch Gewalt oder Betrug, vi, clam, precario von dieſem Gegner verſchaffte,

---

*) L. 1 pr. § 1 D. uti possidetis (43, 17). „Ait Praetor: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo; neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam. § 1. Hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem Praetor in soli possessione habebat; et est prohibitorium ad retinendam possessionem.“

**) L. 3 § 1 D. h. t. (43, 17). „Hoc interdictum duplex est; et hi, quibus competit, et actores, et rei sunt.“

ohne Rückſicht, ob er vielleicht von einem Dritten auf dieſe fehlerhafte Weiſe den Beſitz erwarb,*) dem er deswegen durch ein gleiches oder durch ein recuperatoriſches Interdict gehalten ſein würde.

Denn es wird in dieſem Streite nur entſchieden, wer von dieſen Beiden beſitze oder nicht beſitze. Es wird nur entſchieden, wer beſitze, nicht aber, wer und ob Jemand ein Recht**) zum Beſitzen habe. Beiweitem die gewöhnlichſte practiſche Veranlaſſung dieſes poſſeſſoriſchen Proceſſes iſt die Ausſicht auf einen petitoriſchen über das Recht an der Sache;***) man will durch den erſtern für den Beſitzer erklärt werden, um im petitoriſchen lieber Beklagter als Kläger zu ſein; denn der nicht beſitzende Kläger muß ſein behauptetes Recht beweiſen, um in die Ausübung deſſelben zu kommen, der beſitzende Beklagte bleibt in der Ausübung ſeines beſtrittenen

---

*) L. 1 § 9 D. h. t (43, 17). „Quod ait Praetor in interdicto: nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere; has enim possessiones non debere proficere, palam est.“

**) L. 2 D. h. t. (43, 17). „Justa enim, an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.“

***) L. 1 § 2. 3. D. h. t. (43, 17). „Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. § 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cujus possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.“

Rechts, bis von jener Seite bewieſen iſt. Zur Zeit des älteſten Vindicationsproceſſes, der manus consertae, exiſtirten dieſe Interdicte überhaupt noch nicht, und wären auch ohne Anwendbarkeit für dieſen Zweck geweſen; denn damals entſchied der Beſitz beim Beginn des Proceſſes nicht über das Beſitzen während des Proceſſes, ſondern Beſitzer während des Proceſſes wurde erſt derjenige, welcher durch den Sieg in der licitatio den Beſitz der Sache erhielt, vindicias tulit.*) Der, welcher in der licitatio unterlag, mußte anfangen zu beweiſen. Es war das alte Petitorium ein judicium duplex, wie das neuere Poſſeſſorium uti possidetis; Jeder von Beiden behauptete gegen den Andern Eigenthümer und Beſitzer zu ſein; denn Beſitz und Recht exiſtirten damals gar nicht getrennt. Es gab keinen juriſtiſchen vom Rechte anerkannten Beſitz anders, als den rechtmäßigen, den in Folge des Rechtes an der Sache Statt findenden;**) beim Beginn des Proceſſes alſo war im Sinne des damaligen Rechts der Beſitz von beiden Theilen ebenſo ungewiß, wie das Recht, deſſen Moment er war. Seitdem bei dem neuern dinglichen Recht, dominium ex jure Quiritium, der Beſitz vom Rechte getrennt ſein kann, ſeitdem ein juriſtiſches Beſitzen ohne Recht, oder aus einem anderen Rechtsgrunde als aus dem des wirklichen Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts Statt haben kann, macht die neue Proceßform per sponsionem oder per formulam petitoriam den rein factiſchen Beſitzer zum einſeitig Beklagten, den Nichtbeſitzer zum einſeitig Klagenden, und es war im Zweifelsfall über die Thatſache des Beſitzes das interdictum uti possidetis zur Entſcheidung deſſelben möglich und nöthig. In dieſem rein poſſeſſoriſchen Streite iſt, wie im alten petitoriſchen, Jeder zugleich Kläger und Beklagter, Jeder behauptet hier den Beſitz, wie dort Jeder den rechtmäßigen Beſitz, denn das war die manus, behauptete. Es wird im Interdict uti possidetis, ganz ähnlich wie im alten Vindications-

*) Vgl. § 18 p. 121.

**) Vgl. § 3 p. 92; § 7 p. 103.

proceß, die Frage, wer während des Proceſſes beſitzen oder nichtbeſitzen, d. h. als Beklagter oder Kläger beginnen ſoll, durch die licitatio entſchieden. *)

§ 50.

2. Utrubi.

So heißt das interdictum retinendae possessionis für bewegliche Sachen, welches im neuern Rechte ſeinem Fundamente nach dem uti possidetis ganz gleich iſt; **) wogegen im alten Recht der als jetzt beſitzend galt, welcher den größten Theil des verfloſſenen Jahrs ohne vitium gegen den Gegner beſeſſen hatte. ***)

B. Recuperandae possessionis interdicta.

§ 51.

1. Unde vi, de vi et de vi armata. †)

Das Interdict ſteht dem wirklich juriſtiſchen ††) Beſitzer

---

*) Gaj. IV, § 165. 166. „et hoc amplius, si aput adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio judicio condemnatur.“

**) L. unica D. de utrubi (43, 31). „Praetor ait: Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto. § 1. Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim ejus exaequatam fuisse Uti possidetis interdicto, quod de rerum soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.“

***) Gaj. IV, 160.

†) L. 1 pr. § 2 D. de vi et de vi armata. (43, 16). „Praetor ait: Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo. § 1. Hoc interdictum proponitur ei, qui vi dejectus est; etenim fuit aequissimum, vi dejecto subvenire; propter quod ad recuperandam possessionem interdictum hoc proponitur.“

††) L. 1 § 9. 10. D. h. t. (43, 16). „Dejicitur is, qui possidet,

eines Grundſtücks*) gegen denjenigen, welcher ihn gewaltſam aus der Detention dejicirt hat, auf Wiedererlangung derſelben und auf vollſtändige Entſchädigung zu.

Auch hier wird nicht nach einem Recht zum Beſitzen gefragt, ſondern nur, ob Kläger beſaß**) oder im Sinne des Rechts eigentlicher, ob Kläger beſitze. Denn im Sinne des Rechts hat durch die rein thatſächliche Dejection derjenige, welcher vor derſelben wirklich corpore und animo beſaß und nach derſelben noch animo beſitzt, den Beſitz nicht verloren, und der Dejicient den Beſitz nicht erworben. Weil der Dejicient nur das corpus und keinen rechten animus wider den Willen des wahren Beſitzers erworben haben kann, und er demnach nach dieſer Seite hin nicht Beſitzer geworden iſt, ſo iſt der Dejicirte juriſtiſch Beſitzer geblieben, und der juriſtiſche Inhalt des richterlichen Urtheils nicht, daß der Kläger den Beſitz wiederbekommen ſolle, ſondern nur, daß er im Beſitze ſei und bleiben ſolle, und ihm demgemäß die Detention, das corpus wiedergegeben werden ſolle.

Nach älterem Rechte und der dieſem eigenen beſchränktern und unmittelbareren Auffaſſung des Beſitzes gab es auch ein interdictum de clandestina possessione für denjenigen, welcher clam aus dem Beſitze eines Grundſtücks geſetzt wäre. Nach neuerm Recht gilt die heimliche Entſetzung für noch keine,

---

sive civiliter, sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. § 10. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti; non tamen si colonus."

*) L. 1 § 6 D. h. t. (43, 16). „Illud utique in dubium non venit, interdictum hoc ad res mobiles non pertinere; nam ex causa furti, vel vi bonorum raptorum actio competit; potest et ad exhibendum agi. Plane si quae res sint in fundo, vel in aedibus, unde quis dejectus est, etiam earum nomine interdictum competere, non est ambigendum."

**) L. 1 § 23 D. h. t. (43, 16). „Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, quum dejiceretur, possidebat; nec alius dejici visus est, quam qui possidet."

und deshalb erſcheint der rechte Beſitzer, welcher die heimliche Beſitznahme, nachdem er ſie erfahren, eigenmächtig aufzuheben ſucht, im Zuſtande rechtmäßiger Vertheidigung,*) und erſt, wenn ihm dieſe mißlingt, als vi dejectus, und eines recuperatoriſchen Interdictes de vi bedürftig.

§ 52.

2. De precario.

So heißt das gleichfalls recuperatoriſch genannte Interdict, durch welches derjenige, welcher einem Andern bittweiſe den Beſitz gab, denſelben zu jeder Zeit von dieſem zurückfordern kann.**) Auch hier iſt das, was gefordert wird, im eigentlich juriſtiſchen Sinne nicht der Beſitz, welchen der Preciſt, ſobald ihm durch die Kündigung der rechte animus im Verhältniß zu dem Geber genommen iſt, im Verhältniß zu dieſem nicht mehr hat. Er iſt ganz gleich dem, welcher gewaltſam die Detention genommen und daher im Verhältniß zum Dejectus den rechten animus und damit den rechten juriſtiſchen Beſitz noch nicht hat. In beiden Fällen hat dieſen im Verhältniß zum Beklagten der Kläger, ſonſt könnte er nicht in einem Poſſeſſorium, wo nicht darnach gefragt wird, was im juriſtiſchen Sinn rechtlich gegeben werden ſoll, ſondern nur, was im juriſtiſchen Sinn factiſch iſt, ſiegen; in beiden Fällen aber hat im Verhältniß zu Dritten allerdings der Beklagte den Beſitz, ohne daß die Regel übertreten wäre, daß nicht Zwei denſelben Beſitz haben können; denn wiewohl es derſelbe Gegenſtand iſt, welchen ſie beſi-

---

*) L. 17 D. h. t. (43, 16). „Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est; ideoque si te vi dejecero, illico tu me, deinde ego te, Unde vi interdictum tibi utile erit.“

**) L. 2 D. de precario (43, 26). „Ait Praetor: Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.“

ßen, ſo iſt ihr Beſitz doch ein verſchiedener, da ſie denſelben nach verſchiedenen nicht ſich deckenden, ſondern einander ausſchließenden Richtungen hin beſitzen.*)

§ 53.

C. Lex Rhodia de jactu.

Wenn bei einer Seegefahr, um das Schiff und die Ladung zu retten, Güter über Bord geworfen ſind, ſo kann derjenige, deſſen Sachen ſo zum Nutzen der übrigen aufgeopfert ſind, Regreß nehmen, nicht aber direct gegen die Eigenthümer, deren Geſchäft geführt iſt, ſondern gegen den Schiffer, der es geführt, und deswegen ſeinerſeits den Regreß gegen jene hat.**) Der Schade ſoll billig pro rata von Allen***) getragen werden, die

---

*) L. 15 § 4 D. h. t. (43, 26). „Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est; placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possederat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione."

L. 12 D. de vi et de vi arm. (43, 16). „Colonus eum, cui locator fundum vendiderat, quum is in possessionem missus esset, non admisit, deinde colonus vi ab alio dejectus est; quaerebatur, quis haberet interdictum Unde vi. Dixi, nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emtorem, cui jussisset dominus tradi possessionem, non admiserit. Igitur interdictum Unde vi colono competiturum, ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem dejecisse tunc videretur, quum emtori possessionem non tradidit, nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset."

**) L. 2 pr. D. de lege Rhodia de jactu (14, 2). „Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest."

***) L. 1 D. h. t. (14, 2). „Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, om-

einen Gewinn durch den *jactus* machen. Den macht aber auch derjenige, deſſen Waaren über Bord geworfen wurden, denn er erwirbt durch die Aufopferung des Ganzen einen Regreß wegen eines Theils deſſelben.

§ 54.

D. Ad exhibendum actio.

Wer eine Sache beſitzt oder detinirt, an deren Exhibition d. h. Vorſtellung, Ausweiſung Jemand ein juriſtiſches Intereſſe hat, iſt ſchuldig dieſem zu exhibiren.

Beklagt werden kann Jeder, der exhibiren kann, weil er die Sache hat, nicht bloß der juriſtiſche Beſitzer, ſondern auch der Detentor *) und auch der fictus possessor. Klagen kann der, dem die Exhibition nothwendig iſt, welcher ein juriſtiſches Intereſſe an der Exhibition nachweiſen kann; er braucht weder ein dingliches Recht an der Sache, oder einer Nutzbarkeit, noch ein Forderungsrecht auf eines von beiden zu haben, denn er behauptet oder fordert weder das Eine noch das Andere. **)

---

nium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est."

*) L. 3 § 15. L. 4 D. ad exhib. (10, 4). „Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet." L. 4. „nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest."

**) L. 3 § 1. 2. 3. 4. 9. D. h. t. (10. 4). „Qui ad exhibendum agit, non utique dominum se dicit, nec debet ostendere, quum multae sint causae ad exhibendum agendi. § 2. Praeterea in hac actione notandum est, quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, judice quantitatem taxante. § 3. Est autem personalis haec actio, et ei competit, qui in rem acturus est qualicunque in rem actione, etiam pignoraticia Serviana, sive hypothecaria, quae creditoribus competunt. § 4. Sed et usumfructum petituro competere ad exhibendum Pomponius ait. § 9. Sciendum est autem, non solum iis, quos diximus,

Nur auf Exhibition geht die Klage oder auf das Intereſſe, wenn dieſe ſchuldhafter Weiſe vereitelt wurde. Häufig iſt dem Intereſſe des Klägers Genüge geleiſtet durch das bloße Vorzeigen, mitunter aber verlangt daſſelbe eine Trennung der Sache aus ihrer bisherigen Verbindung und Lage, wie z. B. wenn Jemand eine mit einer andern Sache trennbar verbundene Sache vindiciren will; denn es kann eine Sache nicht in ihrer Totalität und Individualität angeſprochen werden, ſo lange ſie nicht an ſich in dieſer exiſtirt. *) Exhibiren iſt alſo näher im Gegenſatze gegen Tradiren d. i. ab- und hingeben, die Sache aus dem eignen Haben laſſen, ohne ſie in des Andern Beſitz oder Detention zu bringen, die Sache frei und offen hinſtellen. **) Anwendungen des Princips der Exhibitionsverbindlichkeit auf beſondere Gegenſtände ſind die beiden Rechtsmittel de tabulis exhibendis auf Vorzeigung eines letzten Willens, ***) und das interdictum de libero homine exhibendo, †) auf Loslaſſung, Exhibition eines freien Menſchen, der als unfrei gehalten wird, welches letztere Jedem zuſteht, weil Jeder daran ein Intereſſe nehmen darf oder muß.

---

competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cujus interest exhiberi. Judex igitur summatim debebit cognoscere, an ejus intersit, non, an ejus res sit, et sic jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.“

*) L. 6 D. h. t. (10, 4). „Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno juncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret; sed actione de tigno juncto ex eadem lege in duplum agitur.“

**) L. 2 D. h. t. (10. 4). „Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia.“

***) D. 43. 5.

†) D. 43, 29.

§ 55.

E. Noxa und pauperies.

Wenn ein Sclave oder filiusfamilias ſelbſt, d. h. ohne Auftrag des Herrn und Vaters *) einen Schaden, noxa gethan hat, ſo wird der Herr oder Vater, welcher den Sclaven oder Sohn hat, mit der betreffenden Delictsklage belangt, da er mit dem Menſchen auch die an ihm haftende Schuld hat, und durch das Behaltenwollen des Thäters auch deſſen That zu wollen und zu ratihabiren ſcheint. Wenn er aber den Thäter nicht mehr hat und haben will, ſo hat er auch nicht mehr die an ihm haftende Schuld. Der Herr oder Vater muß ſich alſo durch noxae deditio des caput noxium klaglos ſtellen können. **) Beklagter iſt der, welcher zur Zeit der Klaganſtellung die Sache als wirklicher oder fingirter Beſitzer hat oder haben ſollte; er iſt Beklagter bloß weil er ſie hat. ***)

---

*) L. 2 pr. D. de noxal. act. (9, 4). „Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse; si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat.“

**) L. 1 D. h. t. (9, 4). „Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur. Quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem.“

***) Gaj. IV, 77. „Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui juris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur; ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit; nam si paterfamilias noxam commiserit, et hic se in adrogationem tibi dederit, aut servus tuus esse coeperit, (quod) quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse, quae ante directa fuit.“

Wenn ein vierfüßiges Vieh, quadrupes, einen Schaden, pauperies,*) gethan hat, ſo ſoll der Herr deſſelben, da es kein Delict ſein kann, dieſem einfach**) erſetzen, oder das Thier hingeben. Das Thier ſoll den Schaden gegen die Natur ſeiner Art***) gethan haben; denn den andern hat der Beſchädigte ſich ſelbſt zuzuſchreiben. Utiliter aber gilt die Klage auch bei Beſchädigung durch andere Thiere †) als quadrupedes, wenn es nur nicht eigentlich wilde Thiere ††) ſind. Kläger iſt jeder Beſchädigte, †††) Beklagter der, welcher Herr des Thiers zur Zeit der Klaganſtellung iſt ††††).

---

*) L. 1 § 3 D. si quadrupes pauperiem (9, 1). „Ait Praetor: „Pauperiem fecisse." Pauperies est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret."

**) L. 1 pr. D. h. t. (9, 1). „Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit; quae lex voluit aut dari id, quod nocuit, id est id animal, quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerri."

***) L. 1 § 7 D. h. t. (9, 1). „Et generaliter haec actio locum habet, quoties contra naturam fera mota pauperiem dedit."

†) L. 4 D. h. t. (9, 1). „Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit."

††) L. 1 § 10 D. h. t. (9, 1). „In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet; et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit; et ideo si eum occidi, meum corpus est."

†††) L. 2 pr. D. h. t. (9, 1). „Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cujus interest, competit, veluti ei, cui res commodata est, item fulloni, quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati."

††††) L. 1 § 12. 13. D. h. t. (9, 1). „Et quum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cujus fuerit quadrupes, quum noceret, sed cujus nunc est. § 13. Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio."

L. 1 § 11 D. h. t. (9, 1). „Quum arietes vel boves commisissent, et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut, si quidem is periisset, qui aggressus erat, ces-

§ 56.

F. Actio quod metus causa.

Da dasjenige, was Jemand durch Gewalt, vi, gezwungen gethan, oder durch Drohung, metu, bewogen gewollt hat, billiger Weiſe nicht zu Rechte beſtehen kann, ſo hat der Prätor zum Schutze des Gezwungenen dieſe Klage eingeführt.*) Die Klage ſteht jedem Gezwungenen auf Reſtitution des gewaltſam Entwundenen, unangeſehen, ob er an dem Gegenſtande ein dingliches Recht hatte, oder ob überhaupt ein ſolches an demſelben möglich war (denn auch die erzwungene Acceptilation begründet die Klage) gegen jeden, der als wirklicher oder fingirter Beſitzer und Quaſibeſitzer die facultas**) restituendi hat, zu. Die Klagintention geht auf einfache volle Reſtitution, aber die arbiträre Condemnation verurtheilt den Beklagten auf den Fall, daß er nicht reſtituire, auf das Quadruplum des vollen Intereſſe. So innerhalb des erſten

---

sarcet actio; si is, qui non provocaverat, competeret actio; quamobrem eum sibi aut noxam sarcire, aut in noxam dedere oportere."

*) L. 1 D. quod metus causa (4, 2). „Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Olim ita edicebatur: Quod vi metusve causa; vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati, metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatione. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur."

**) L. 9 § 8 D. h. t. (4, 2). „Quum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem; sed fidejussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, quum in rem sit scripta."

Jahrs. Später ſoll ſie nur auf das Simplum, und überhaupt nur causa cognita Statt finden.*)

§ 57.

G. De dolo actio.

Wer durch Betrug, fraus, dolus beſchädigt iſt, ſoll causa cognita gegen den Betrüger, wenn ihm keine andere Klage wirkſam zu Gebote ſteht, und nicht andere Gründe dagegen ſind, dieſe den Verurtheilten infamirende Klage auf volle Entſchädigung haben.**)

1) Betrug, dolus iſt hier jede abſichtliche Täuſchung,***) durch welche jemand in Vermögensſchaden gerathen iſt. 2) Wenn ihm keine andere Klage zu Gebote ſteht, ſoll er dieſe Klage haben. So wird es angeſehen nicht bloß, wenn ihm juriſtiſch gewiß oder vielleicht†) keine Klage zuſteht, ſondern auch, wenn die juriſtiſch zuſtändige factiſch unwirkſam ſein würde, wenn Kläger wegen Inſolvenz des Beklagten ꝛc. vermittelſt der ſonſt zuſtändigen Klage

*) L. 14 § 1. 2. D. h. t. (4, 2). „Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur. Quadruplabitur autem omne, quodcunque restitui oportuit. Satis clementer cum reo Praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. Post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita. § 2. In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur."

**) L. 1. § 1 D. de dolo malo (4, 3). „Verba autem Edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo."

***) L. 1 § 2 D. h. t. (4, 3). „Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est."

†) L. 7 § 3 D. h. t. (4, 3). „Non solum autem, si alia actio non sit, sed et si dubitetur, an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem."

nicht zu dem Seinigen kommen würde.*) Er wird aber nicht dieſe Klage bekommen, wenn er eine andre durch ſeine Schuld juriſtiſch**) oder factiſch verloren hat. 3) Wenn nicht andere Gründe dagegen ſind. Wegen ihrer infamirenden Wirkung erſcheint die Klage unzweckmäßig wegen eines geringen Schadens***) und gegen Perſonen, zu denen der Kläger in einem Verhältniß beſonderer Reverenz ſteht. †) Ueber dieſe und ähnliche Puncte verbreitete ſich die causae cognitio des Magiſtrats.

---

*) L. 5. 6. D. h. t. (4, 3). „Ideoque si quis pupillus a Titio tutore auctore colludente circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, quum habeat tutelae actionem, per quam consequatur, quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit, de dolo actionem dari ei. L. 6. Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.“

**) L. 1 § 6 D. h. t. (4, 3). „Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiamsi quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere; et si alia actio tempore finita sit, hanc cõmpetere non debere, sibi imputaturo eo, qui agere supersedit, nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit, ut tempus exiret.“

***) L. 9 § 5. L. 10. 11. pr. D. h. t. (4, 3). „Merito causae cognitionem Praetor inseruit; neque enim passim haec actio indulgenda est; nam ecce, in primis si modica summa sit, L. 10. id est, usque ad duos aureos, L. 11 pr. non debet dari.“

†) L. 11 § 1. L. 12 D. h. t. (4, 3). „Quibusdam personis non dabitur, utputa liberis vel libertis adversus parentes patronosve, quum sit famosa. Sed nec humili adversus eum, qui dignitate excellet, debet dari, puta plebejo adversus Consularem receptae auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitae emendatioris; et ita Labeo. Quid ergo est? In horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat, L. 12. ne ex dolo suo lucrentur.“

Drittes Capitel.

Aufhebung der Obligationen, solutio obligationum.

§ 58.

Verſchiedene Arten der Aufhebung, obligatio ipso jure nulla, per exceptionem nulla.

In dem alten ſchlichten und bündigen Rechte des gemeinen Verſtandes war eine jede obligatio, welche überhaupt eine war, zugleich eine durch Klage geſchützte und vermittelſt dieſer Klage unbedingt durchzuſetzen. Wo hingegen keine wirkſame actio war, da war auch gar keine Obligation, nulla obligatio, und zwar entweder weil niemals eine entſtanden oder weil ſie nachher ganz verſchwunden war, sublata erat, evanuerat ipso jure.

Wer alſo beklagt wurde und nicht zahlen wollte, der mußte entweder läugnen, daß die gegen ihn erhobene actio jemals gehörig entſtanden ſei, weil von Anfang an ein weſentliches rechtliches Erforderniß gefehlt habe, oder ein weſentliches Hinderniß da geweſen, z. B. der stipulator ein impubes geweſen ſei; oder er mußte läugnen, daß ſie noch fortbeſtehe, die einmal allerdings entſtandene Obligation als ſpäter verſchwunden darſtellen durch Anführung einer Thatſache, welche die Wirkung hatte, die wirklich entſtandene Obligation hinterher zu vernichten. Dieſe Wirkung konnten aber überhaupt nur Thatſachen haben, welche dieſe Obligation direct betrafen. Denn die Obligation war in dem Grade eine abgeſchloſſene Individualität, daß, ſo wenig ſie ſelbſt aus und über ſich hinaus auf die übrigen Verhältniſſe der beiden Perſonen wirkte, ebenſowenig ſonſtige auſſerhalb liegende und eintretende Verhältniſſe zwiſchen Creditor und Debitor in dieſe Obligation hineinwirken konnten.

Es mußte aber dieſe Obligation, wenn ſie wirklich afficirt ward, auch vernichtet werden; denn jede Veränderung einer abſoluten Individualität iſt eine Vernichtung derſelben. Eine wirkliche Vernichtung dieſer Obligation mußte nun nothwendig eintreten 1) durch das contrarium causae obligandi. Denn es iſt natürlich, daß quibuscunque rebus

obligamur, hisdem in contrarium actis liberamur. Und eigentlich konnte wieder nur durch das contrarium causae ſolvirt werden, und ſo wurde es im älteſten Recht gehalten, daß die obligatio, die per aes et libram eingegangen war, auch nur durch aes et libra, nicht aber nuda solutione ſolvirt wurde.*) Aber eben ſo eigentlich erſchien bald die Obligation ganz aufhören zu müſſen, wenn 2) irgend eines ihrer Beſtandtheile hinterher wegfiel; denn die Obligation iſt nur das Ganze, die Integrität ihrer Beſtandtheile. Alſo mußte die Obligation aufhören, wenn z. B. a) durch den Tod, welcher freilich durch die erfundene Univerſalſucceſſion hinausgeſchoben war, der Creditor oder Debitor aufhörte, oder wenn b) gezahlt, geleiſtet war, was in dieſer Obligation zu leiſten geweſen war; denn jede Obligation erfordert und hat ein dieſes zu Leiſtendes; und das iſt nicht mehr dieſes, und dieſe Obligation iſt nicht mehr, wenn es ein Geleiſtetes geworden, alſo geweſen iſt. Wenn endlich c) irgend ein Beſtandtheil, der Creditor oder Debitor, oder die Leiſtung dieſer Obligation aus dieſer herausgegriffen und in demſelben Griff in eine neue Obligation einbegriffen wurde, ſo konnte das in dieſe Hineingenommene in jener, wo es weggenommen war, nicht mehr, und alſo jene Obligation ſelbſt nicht mehr vorhanden ſein;**) denn es kann nicht Eines hier und zugleich dort ſein nach gemeinem Menſchenverſtand.

Alſo durch alle dergleichen Thatſachen erkannte das älteſte Recht, daß eine einmal beſtandene Obligation null werde, ſonſt hätte es dieſelben in jure und in judicio nicht hören dürfen. Und nur durch ſolche Umſtände ſchien ihm eine Obligation null zu werden, ſonſt hätte es auch noch andere hören müſſen. Und endlich nach dem gemeinen Menſchenverſtande oder Vorſtellung konnte ein Ding nur ſchlechthin ſein oder nicht ſein, die

---

*) Liv. IV, 14. „Inde rem creditori palam populo solvit, libraque et aere liberatum emittit.“

**) L. 1 pr. D. de novat. (46, 2). „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur.“

obligatio nur entweder vollwirkſam oder durchaus nulla ſein. Wogegen nach der allgemeinen objectiven Vernunft kein Ding ſchlechthin iſt oder nicht iſt, ſondern jedes Ding bedingt iſt.

Das neuere Recht des nicht gemeinen, ſondern juriſtiſchen Verſtandes, welches anfangs allein im Edict, bald auch in juriſtiſcher Bildung der Doctrin und endlich auch in Senatsconſulten und Conſtitutionen das Organ fand für ſeine weitere und deshalb unterſcheidende verſtändige Einſicht und beziehende Betrachtung der Dinge, ſah ſich getrieben, auch andere, bisher nicht gehörte Anführungen, und freilich auch zum Theil bisher unerhörte Thatſachen enthaltende Anführungen gegen eine civiliter zuſtändige Klage zu geſtatten. Wollte man fragen, wie der Prätor das konnte? ſo müßte erinnert werden: So gut wie er da, wo nach Civilrecht nulla actio competebat, doch den Effect einer Klage geſtattete, utilem actionem, judicium dabat, als wenn eine da wäre, ſo gut konnte er gewiß da, wo nach Civilrecht eine Klage war, actio competebat jure, ihren Effect vereiteln, inutilem, inanem, inefficacem reddere actionem, als wenn keine da wäre.

Das Letzte that der Prätor, anfangs durch edicta repentina, nachher im edictum annuum, ſo oft zwiſchen dem Creditor und Debitor nebenbei von Anfang an ein Umſtand Statt hatte, oder ſpäter eine Thatſache vorgefallen war, bei deren Vorhandenſein es jetzt unbillig ſchien, daß der Creditor ſeine ihm ſonſt allerdings zuſtändige Forderung erhebe, exigat, und billig ſchien, daß der ſchuldige Debitor unter dieſen Umſtänden nicht verurtheilt werde, und nicht zahle. *)

---

*) Gaj. IV, 116. „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia; cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari; velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere; item si

Der Prätor überſchritt hier mit ſeiner Zeit das alte Civilrecht, um mit ihr in dem Rechte zu bleiben. Recht iſt und bleibt aber, daß bei gerichtlichem Verfahren und Erkenntniß über eine erhobene Forderung Alles, was zu ihr gehört, erwogen werde, und unberückſichtigt bleibe, was nicht dahin gehört. Im gegenwärtigen Recht aber verdiente Manches keine Beachtung mehr, was ehemals dieſelbe forderte, und mehr noch gehörte nach neuerem Recht Manches in eine Obligation, was ſonſt auſſen vor lag. Denn der Bereich der neuern Obligation iſt ein anderer und ein weiterer als der alte engere und abgeſchloſſenere.

Ihrem juriſtiſchen Ausgange und rein juriſtiſchen Beſtande nach iſt die Obligation des neueren Rechts allerdings, wie die des alten Rechts noch ein an den beſtimmten Perſonen Haftendes, aber practiſch, wenn es zur Erfüllung durch Erkenntniß und Vollſtreckung kommt, iſt ſeit dem Poeteliſchen Geſetze die Sache eine Angelegenheit der vermögensrechtlichen Perſönlichkeiten, d. i. des Vermögens der Perſon, und das iſt des ganzen Vermögens.

Für das Vermögen des Creditors wird gegen das Vermögen, bona universa des Debitors gefordert und verfahren; und demnach kann und muß Alles, was ſonſt zwiſchen dieſen beiden Perſonen in vermögensrechtlicher Hinſicht Statt hat, in dieſem Verfahren in Betracht kommen, und es muß, einerlei, von welcher einzelnen Schuld der Kläger ausgeht, der Richter jedesmal erwägen, ob es jetzt bonum und aequum ſei, daß dieſes Vermögen gegen jenes Vermögen dieſe Forderung realiſire, oder ob etwas geſchehen, was indirect die erhobene Forderung afficiren, von auſſen ihrem Laufe entgegentreten könnte.

In dieſem Verſtändniß des Umfangs und Inhalts der Obligation iſt die alte Vorſtellung, daß persona debet, persona

---

pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilominus id ipsum a te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto convento non tollitur; sed placet, debere me petentem per exceptionem pacti conventi repelli."

credit nicht vernichtet, ſondern erſt verſtanden und entwickelt. Subject der Obligation iſt jetzt die wahre Perſon in ihrem geiſtigen, darum raumloſen und darum ungetheilten Daſein in dem Vermögen, das ihre ungetheilte Eigenſchaft iſt. Es giebt in der Perſon kein abſolutes Hier und Dort, Dieſes und Jenes, und die Forderung und Verbindlichkeit der Perſon hat kein abſolutes Hier und Dort, Dieſes und Jenes.

Anders, wenn ich mit der Sache zu thun habe, res mea est, d. i. mit einem excluſiven Dieſes, species; denn in der Welt der bloßen Gegenſtändlichkeit und Vorſtellung iſt das Hier das Nichtdort (aber auch die eigentliche Sache verfließt, ſobald in der actio über dieſelbe eine Perſon zwiſchen mich und ſie tritt, in der Vermögenstotalität dieſer, in der allgemeinen Vermögensſubſtanz Geld).

Der Prätor alſo geſtattete auſſer und neben den ſchon nach dem alten Rechte ſtatthabenden, die obligatio direct und unmittelbar betreffenden und abſolut afficirenden Vernichtungen, wie solutio, novatio, neue Einwendungen und Einreden gegen die aus einer stricto jure civili vorhandenen Klage drohende Verurtheilung, weil er erkannte, daß nach der Veränderung und Erweiterung des Begriffes der obligatio, nach der veränderten Form und Sitte des Verkehrs überhaupt, jetzt Manches eine beſtehende Forderung wirklich, wenn auch indirect und in gewiſſer Beziehung betreffen könne, was ehemals überhaupt ſo nicht vorkam, oder die beſtehende obligatio nicht anging. Solche vom Prätor zuerſt geſtattete Einreden hießen exceptiones, Ausnahmen, weil der Prätor ſie dem judex als Ausnahme von dem jure civili zu erlaſſenden Condemnationsbefehl zur Erprobung ſtellte: „Wenn N. N. dem A. A. 100 stipulatu promittirt hat, ſo verurtheile ihn, ausgenommen, wenn A. A. jetzt unredlich fordert, weil er ſpäter, wenn auch nuda conventione, doch deutlich genug verzichtet hat. — Wenn die Sache, welche N. N. beſitzt, Eigenthum des A. A. iſt, ſo verurtheile ihn, wenn er ſie nicht herausgiebt, auf das, was ſie werth iſt, ausgenommen, wenn A. A. ſie ihm nicht redlicherweiſe laſſen,

ſein Eigenthum gegen N. N. verſchweigen mußte, weil er ſelbſt Auctor des N. N. war." *)

Die einzelnen exceptiones haben zum Theil ihren beſonderen Namen und näher beſtimmten Inhalt. Es wird aber auch ohne bisher beſtimmte und benannte Geſtaltung der Unredlichkeit gegen den unredlich Klagenden die exceptio doli generalis gegeben, wenn eine Forderung, die an ſich betrachtet, einmal entſtanden iſt, jetzt, ſo, hier von dieſem einzutreiben, Alles erwogen als unredlich erſcheint. Jede exceptio iſt, ihrem letzten Weſen nach, eine exceptio doli.

Daß in Folge ſolcher Exceptionen, die anfangs nur aus der Jurisdiction des Prätors entſtanden, die actiones, welche jure zuſtanden, im Sinne des Civilrechts nicht nullae werden konnten, iſt einleuchtend; denn was jure civili iſt, das iſt im Sinne des Civilrechts, ſo lange es nicht jure civili aufgehoben iſt. Der Prätor mußte ſich begnügen, die actio hier unwirkſam, inanem, inutilem, ineſſicacem zu machen. Dies genügte dem Prätor, und war dem jus civile nicht entgegen.

Das neuere Civilrecht, die Scte, Conſtitutionen führten neben und nach dem Edict, ſo wie neue Klagen, Angriffsmittel, ſo auch neue Vertheidigungen, Einwendungen, gegen vorhandene Klagen ein. Wiewohl nun das Civilrecht ohne

---

*) Gaj. IV, 119. „Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia adfirmat is, cum quo agitur; nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat; item si dicatur contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio: si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur; et denique in ceteris causis similiter concipi solet. ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter judex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum erit."

Zweifel die Macht hatte, durch dieſelben die actio, wogegen ſie gerichtet waren, null werden, vernichten zu laſſen, ſo hat es ſich doch häufig damit begnügt, ſie nur wie eine prätoriſche Einrede wirken zu laſſen, die Klage inutilem, inefficacem zu machen.*)

Es giebt daher für das neuere Recht nicht mehr das äußere hiſtoriſche Unterſcheidungszeichen der Einreden von Nullitätsgründen, daß die civilen Einwendungen eine Klage zur nulla, und die prätoriſchen nur zur inefficax machen, denn auch das Civilrecht hat viele exceptiones gemacht.

Eben ſo wenig läßt ſich an der Thatſache ſelbſt ein Criterium nachweiſen, woran zu erkennen wäre, wie ſie auf die Klage wirkt, ſondern das iſt an ſich bis zu einem gewiſſen Grade willkührlich, rein poſitiv, und hat daher das Recht, bei einer und derſelben Thatſache in der Beſtimmung ihrer Wirkung auf die obligatio oft geſchwankt und variirt. Z. B. wenn ein Frauenzimmer intercedirt hatte, ſo gab das Sctum Vellejanum daraus der Frau eine bloß hemmende Einrede, aber die Bürgſchaft war, wenn auch eine unwirkſame, doch nicht gar keine, nur inutilis. Das neuere Recht nennt eine ſolche Bürgſchaft nulla ipso jure. Das ältere Recht raiſonirt: ſie hat, wenn auch leichtſinnig, doch immer gebürgt. Das neuere: Wenn ſie nicht weiß, was das iſt, was ſie thut, ſo iſt das auch Nichts, was ſie thut. Das Gegenforderungsrecht, welches nach älteſtem Civilrecht als ein ganz auſſer der Forderung liegendes gar nicht bei Eintreibung der Forderung gehört werden konnte, gab nach älterem Recht nur eine Einrede; nach neuerem Recht vernichtet es die Forderung, weil es nach neuerer Betrachtung gradezu mit der Forderung ſelbſt im Gegenſtande collidirt.

Ebenſo läßt ſich kein ſpeciell beſtimmter, durchſtehen-

---

*) Gaj. IV, 118. „Exceptiones autem alias in edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. quae omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione Praetoris proditae sunt.“

der practiſcher Unterſchied zwiſchen obligatio nulla und inefficax angeben.*) Es iſt im Weſen derſelbe, welcher zwiſchen non dominium und dominium ex nudo jure Quiritium. Es iſt hier in Rückſicht der juriſtiſchen und practiſchen Nichtexiſtenz derſelbe Unterſchied, welcher in Rückſicht der juriſtiſchen und practiſchen Exiſtenz zwiſchen der actio directa und actio utilis, zwiſchen dominium ex jure Quiritium und in bonis, zwiſchen dominium und bonae fidei possessio. Das letzte Weſen des Unterſchiedes iſt das Verhältniß von abſolutem und relativem, von unmittelbarem und mittelbarem, von concretem und discretem Daſein und Nichtdaſein. Deshalb iſt der Unterſchied kein bloß hiſtoriſcher im Sinne des Vergänglichen, ſondern ein zwar im natürlichen Rechte noch nicht vorhandener, aber ein dem Rechte ſelbſt in ſeiner Geſchichtlichkeit, d. i. in ſeiner Weſentlichkeit, Entwicklung und Vermittlung angehöriger und deshalb ein bleibender. Genug die eigentliche obligatio per exceptionem nulla iſt die in Folge eines (nach abgeſchloſſener, concreter Vorſtellung der obligatio) derſelben äußern Umſtandes in ihrer Wirkſamkeit durchaus gehemmte, aber doch vorhandene, und nach Wegräumung jenes hindernden Umſtandes auch wieder wirkſame Obligation. Die obligatio nulla, nulla ipso jure, nulla jure civili iſt eine in gar keiner Beziehung, eine ganz und gar nicht vorhandene. Aber es giebt auch Exceptionen, durch welche dem Creditor bloß die Möglichkeit zu klagen, die actio, das eigentlich civile Moment ſeines Rechts verloren geht, er aber naturaliter noch berechtigt bleibt. Ein Beiſpiel iſt die exceptio Scti Macedoniani. Da jedoch der Begriff von naturalis nur das Negative iſt, Nichtcivil zu ſein, wie das bei naturalis obligatio und bei naturalis possessio bemerkt iſt, ſo kann der poſitive Effect der nachbleibenden naturalis obligatio ein verſchiedener, bald ein größerer, bald ein geringerer ſein.

*) L. 112 D. de R. I. (50, 17). „Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.“

Es ſind nun die Hauptfälle der ipso jure und per exceptionem eintretenden Unwirkſamkeit zu nennen.

I. Gründe, durch welche die Obligationen ipso jure nullae werden.

§ 59.

A. Durch das contrarium causae obligandi.

1) Solutio per aes et libram, nexu liberatio. Die Regel: quibuscunque rebus obligamur, hisdem in contrarium actis liberamur mußte als eine natürliche von jeher gelten; denn das Gegentheil des Entſtehens der Obligation iſt natürlich das Aufhören. Im älteſten Recht wurde alſo, wie durch aes et libram nectirt, ſo auch durch aes et libram ſolvirt.*)

Aber auch nachdem das nexum i. e. obligari per aes et libram, ſei es direct oder indirect, durch die Lex Poetelia Papiria aufgehoben war, war damit noch nicht die solutio per aes et libram aufgehoben; denn nach der Concinnität der alten Vorſtellung wurde ſie noch bei allen den Obligationen, welche per aes et libram entſtanden waren, gefordert; ſolche Obligationen aber konnte es auch nach Aufhebung des nexum geben; denn das iſt das Geſchäft, durch welches per aes et libram bloß und allein eine Verbindlichkeit der Perſon beſchafft wird; dieſe kann aber noch anderweitig per aes et libram im Complex mit Anderem, z. B. aus einem testamentum per aes et libram entſtehen, und konnte deshalb recte nur durch aes et libra ſolvirt, inefficax aber auch ohne dies gemacht werden.**)

---

*) Liv. VI, 14.

**) Gaj. III, 173. 174. „Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram; quod et ipsum genus certis in causis receptum est: veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, sive quid ex judicati causa debitum sit. § 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens. deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: Quod ego tibi tot milibus eo nomine .... | .... solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam

2) Acceptilatio, das iſt die der Verbalobligation, der stipulatio entſprechende Verbalſolution, welche, wie dieſe, durch Frage und Antwort geſchieht und civiliter eigentlich nur Anwendung leidet, zur Solution deſſen, was verbis contrahirt iſt. Der Debitor fragt den Creditor, ob er das Geſchuldete empfangen habe, und der Creditor antwortet, er habe es empfangen. *)

3) Was re contrahirt iſt, wird re ſolvirt, wenn daſſelbe, was obligandi causa gegeben war, solvendi causa zurückgegeben wird.

4) Was consensu contrahirt iſt, wird contrario consensu ſolvirt.

Das contrarium causae enthält immer direct die totale Vernichtung aller Momente dieſer Obligation, daß dieſe Leiſtung dieſem Creditor von dieſem Debitor aus dieſem Grunde nicht mehr geſchuldet wird. **)

---

postremam ...... | ....deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa."

*) Gaj. III, 169. 170. „Item per acceptilationem tollitur obligatio; acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et tu respondeas: Habeo. § 170. Quo genere, ut diximus, (tantum eae solvuntur obligationes, quae ex verbis consistunt), non etiam ceterae; Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi: sed et id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem imaginaria solutione dissolvi."

**) L. 80 D. de solutionibus (46, 3). „Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, ut, quum re contraxerimus, re solvi debet, veluti quum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. Et quum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debeat; verbis, veluti quum acceptum promissori fit, re, veluti quum solvit, quod promisit. Aeque quum emtio, vel venditio, vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest."

B. Vernichtung der Obligation durch Vernichtung einzelner Beſtandtheile derſelben.

§ 60.

A. Solutio,*) Zahlung, Leiſtung, Erfüllung.

Obgleich die Vorſtellung der älteſten Zeit in der bloß factiſchen Erfüllung ohne die ſolenne Erklärung und Bezeugung, daß ſie geſchehen ſei, keine rechte solutio erkannte, wenigſtens deſſen nicht, was aere und libra und verbis contrahirt war, ſo mußte doch ſchon die Einſicht der ältern Jurisprudenz, wenn ſie die integrirende Eigenſchaft der Leiſtung in der Obligation erwog, in derſelben eine Vernichtung anerkennen; denn jede obligatio iſt ein beſtimmtes solvendum, faciendum, dandum; iſt aber dieſesſelbige ein solutum, factum, datum, ſo iſt es keine obligatio mehr, denn obligatio iſt ein zu Leiſtendes.

Zu einer rechten Zahlung gehört aber, daß von dem Schuldner**) an den Gläubiger***) das Geſchuldete ge-

*) L. 176 D. de V. S. (50, 16). „Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet; solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit."

**) pr. I. quibus modis tollitur obl. (III, 29). „Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur.' Idem ex contrario contingit, si fidejussor solverit; non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus."

L. 36 D. de fidijussorib. (46, 1). „Quum is, qui et reum, et fidejussores habet, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici, nullas jam esse, quum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est; non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit; et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones."

***) L. 12 pr. D. de solutionibus (46, 3). „Vero procuratori recte solvitur. Verum autem accipere debemus eum, cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est.

leiſtet werde, d. i. die geſchuldete Art, das geſchuldete Maaß, zur rechten Zeit und am rechten Ort, thatſächlich vollſtändig und wirklich, und jure wirklich, d. i. gewiß, ſicher bleibend; denn ſo fordert es, wenn auch nicht nach ausdrücklichem Worte, doch nach bona fides der volle Nutzen des Gläubigers.

Wenn davon gar nichts, oder wenn das nicht Alles geſchieht, ſo iſt das ein Schaden, damnum, ein Unterſchied für den Creditor, interest creditoris, und es fragt ſich, was aus dieſem Schaden des Gläubigers, der nicht bekam, was er mit Recht zu erwarten ſchien, werden ſolle.

Es muß geſagt werden, daß, wenn es des Schuldners Schuld (culpa) war, d. i. per debitorem steterit, daß nicht gehörig gezahlt wurde, er auch ſchuldig ſei und bleibe Entſchädigung wegen des von ihm angerichteten Schadens zu zahlen. War das Ausbleiben der Zahlung nicht ſeine Schuld, ſo iſt er auch Nichts mehr ſchuldig, entweder ipso jure oder doch per exceptionem. Dieſe Entſcheidung muß in ihren Reſultaten und Motiven weiter zerlegt, und erörtert werden, was Schaden, Schuld und Nichtſchuld, Erſatz ſei.

§ 61.

(Schaden, damnum, Intereſſe, id quod interest.)

Damnum, Schaden, Beſchädigung iſt Verkleinerung eines Vermögens an ſich betrachtet. Es kann ſein, daß der Schaden ein Object betrifft, welches ſchon entweder dinglich, alſo unmittelbar, oder perſönlich, d. i. doch mittelbar dem Vermögen ſchon angehörte (damnum emergens), poſitiver Schade; es kann der Schaden aber auch darin beſtehen, daß ein Gewinn, der ohne das beſchädigende Ereigniß gemacht worden wäre, durch daſſelbe vereitelt wurde, negativer Schade (lucrum cessans).

Man kann den Schaden nach den Schritten und urſächlichen Momenten ſeines Eintretens ſondern a) in denjenigen, welchen ein beſchädigendes Ereigniß unmittelbar und allein gebracht hat, unmittelbarer, directer Schade (damnum circa rem); oder b) auch den Schaden mit dem erſten vereinen, welcher dadurch entſtand, daß jenes Ereigniß, andere Umſtände dienſt-

bar machend, den einen Gegenſtand tiefer oder andre Gegenſtände überhaupt in den Schaden brachte, welcher ohne jenes erſte Ereigniß oder unmittelbar gewiß nicht entſtanden wäre, alſo mittelbar gewiß durch jenes Ereigniß eingetreten iſt. Alſo damnum iſt der Schade bloß an ſich betrachtet, beziehungslos, oder in Beziehung auf das Vermögen, daſſelbe objectiv, an ſich betrachtet.

Für den Beſchädigten, wenn er dagegen hält, wie er ſich ohne dieſen Schaden ſtehen würde, iſt ein Unterſchied fühlbar, interest ejus. Intereſſe iſt alſo die Beziehung des Beſchädigten zu dem objectiven Schaden, oder der von ihm auf ſich bezogene, der empfundene Schaden. Die Beziehung zu dem directen Schaden iſt das directe Intereſſe, der Vermiß des Werths der Sache ſelbſt, der aestimatio rei. Die Empfindung des ganzen Schadens iſt das indirecte Intereſſe, omne quod interest, omnis utilitas; ſchwankend iſt die Bezeichnung quod interest oder quanti ea res est.

Nach dieſem weitern Begriff von damnum und Intereſſe iſt einleuchtend, daß auch einem nur dinglich Berechtigten ein ſolches zukommen kann, daß aber auch einem Creditor aus der Nichterfüllung ſeiner Forderung ein Schaden, ein Intereſſe erwächſt.

§ 62.

(Culpa, Verſchulden.)

Culpa iſt entweder rein abſtract das Subjective, die Schuld an dem Schaden, das Verſchulden, oder concret die Wirkung und Urſache, der verſchuldete Schaden.

Jeder Berechtigte muß, wenn es ein Recht geben ſoll, in ſeinem Vertrauen auf die Perſon ſicher ſein. Der dinglich berechtigte, nicht in obligatoriſchem Verhältniß Stehende iſt gegen alle, die in der Uebertretung ihrer negativen Verbindlichkeit fehlten, theils durch dingliche Klagen, theils durch Delicts- und Quaſidelictsklagen geſchützt. Alſo muß auch der Gläubiger in ſeinem Vertrauen auf ſeinen Schuldner nicht getäuſcht werden; aber darum freilich nicht glauben, daß ihm die geſchuldete Sache unausbleiblich ſei. Er muß wiſ-

ſen, daß er nur den redlichen Willen und Fleiß der Perſon hat. Der iſt ihm ſicher, aber mehr nicht.*) War ihm das nicht genug, ſo mußte er die Perſon zwiſchen weg, und ſich die Sache unmittelbar einhändigen laſſen, nicht creditiren, ſondern ſelbſt in Gewahrſam nehmen.

Fehlte aber dem Gläubiger der Wille des Schuldners, ſo kann ihm das nicht ſchaden, denn der war ihm rechtlich ſicher. Der Schuldner kann nicht Schuld ſein an der Nichterfüllung ſeiner Pflicht, kann dieſe nicht wollen; denn dann wäre er Nichtſchuldner.

Schuld, culpa iſt allgemein unrechter Wille, d. i. ein Wille, der nicht zu Rechte beſteht, böſer Wille, Urſächlichkeit des Willens zum Böſen, d. i. die Urſächlichkeit einer Perſon am Böſen. Denn eine Perſon iſt das wollende Weſen; Nichtwollende, d. i. ihre Thätigkeit nicht wiſſende, und darum nicht begreifende, beherrſchende Weſen können nur Urſache ſein, niemals aber Schuld an etwas, nicht verantwortlich ſein. Da die Perſon aber ihre Thätigkeit und Fähigkeit weiß, und daher hat und Herr derſelben iſt, ſo wird ſie auch vom Rechte und mit Recht als derſelben verantwortlich angeſehen. Den Schaden, der von ihrer phyſiſchen Thätigkeit geſchieht, hat ſie mit ihrer Gewalt gewollt, ſo lange ſich nicht eine vis major, über die ſie keine Gewalt hatte, als die Urſache deſſelben ausweiſt.

Die eigene Natur des phyſiſchen Menſchen und die äußere Natur wird erfaßt in ihrer erfahrungsmäßigen Bezwingbarkeit für den geiſtigen Menſchen. Der Menſch kann ſeine Natur nicht zu Allem, aber zu Vielem zwingen, was ſie von ſelbſt nicht thut. Was da erfahrungsmäßig allgemein möglich iſt für einen redlichen und fleißigen vorſichtigen Mann,

---

*) L. 6 C. de pigneratitia act. (4, 24). „Quae fortuitis casibus accidunt, quum praevideri non potuerant, in quibus etiam aggressura latronum est, nullo bonae fidei judicio praestantur, et ideo creditor pignora, quae hujusmodi casu interierunt, praestare non compellitur, nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.“

das, nimmt das Recht an, kann und ſoll und will ein Jeder leiſten, der ſein Leiſten vergeben hat; denn Jeder ſoll und will ein rechter Mann ſein. Das Recht darf keinen als einen weniger gut ſeienden behandeln, und keinen weniger gut ſeienden als einen rechten betrachten. Es muß ſie alle gleich und zwar alle als rechtlich behandeln. Es muß bei Urtheil und Vollſtreckung jeden dem Erfolge nach redlich und rechtlich machen. Das Recht kann hier nur den äußern Erfolg erſtreben, denn das iſt in der Sphäre des Rechts das Allen Genügende, aber auch das allgemein Verlangte. Es gilt dem Gläubiger als ſolchem gleich, mit welchen Gefühlen und Geſinnungen der Schuldner zahlt, aber Zahlung will er. Das Recht kann nur den vorſtellungs-erfahrungsmäßigen Begriff und Gränze der Freiheit zum Grunde nehmen; denn das iſt allein der allgemein geltende in der Sphäre des Rechts, und der allgemein gebilligte. Es gilt dem Kläger vor Gerichte gleich, was Philoſophen über Verantwortlichkeit und Zurechnung ſagen; er weiß, daß der Schuldner es gethan hat, weil Jeder das weiß, und verlangt, daß er das verantworte.

Es kann nun aber der Wille, der die ihm dienſtbare Thätigkeit auf ein beſtimmtes Ziel zu lenken rechtlich verpflichtet iſt, in zwiefacher Weiſe fehlen, oder es giebt eine zwiefache Richtung der Schuld, eine directe und eine indirecte.

1) Directe Schuld, rechtswidrige Abſicht, Vorſatz, dolus. Dieſe begeht der, welcher ſich das Nicht, das Gegentheil deſſen, was er ſoll, vorſetzt, und ſeine Thätigkeit auf Hervorbringung dieſes gradezu abſichtet.

2) Fahrläſſigkeit, Nachläſſigkeit, culpa begeht derjenige, welcher, ſtatt ſeine Thätigkeit auf das ſchuldige Ziel mit Befliſſenheit zu richten, ſeine Thätigkeit, die für ſich allein ſich zu gar nichts entſchließt, Unthätigkeit iſt, fahren läßt, ihr nachläßt, ſie ſich ſelbſt überläßt in ihrer natürlichen Trägheit und Unthätigkeit, der nicht Verſtand noch Hand rührt.

Der Doloſe hat gewollt und gethan, was er nicht ſollte. Der Culpoſe hat nicht gewollt und gethan, was er ſollte.

Nachläſſigkeit, negligentia iſt alſo da, wo nicht der rechte Fleiß, diligentia war. Der rechte Fleiß iſt aber der, welchen ein guter Mann, bonus paterfamilias anzuwenden pflegt *) Es genügt nicht der, welcher dieſem Schuldner, einem vielleicht nicht guten Mann, eigen iſt, diligentia, quam quis in suis rebus adhibet. Jeder iſt berechtigt, den Andern für einen guten Mann zu halten, denn jeder prätendirt ein guter Mann zu ſein, ſo lange er nicht ſelbſt ſich dispenſirt. Es wird nicht erfordert der denkbare Fleiß; denn kein Gläubiger kann mehr verlangen als mit einem guten Mann zu thun zu haben; denn Niemand giebt ſich für mehr aus, ſo lange er es nicht ausdrücklich prätendirt.

Wer es an dieſem Fleiße eines ſorgſamen Mannes, diligens paterfamilias, fehlen läßt, begeht augenſcheinlich eine negligentia, culpa. Es iſt wenn auch eine levis oder levissima, doch ſchon culpa, Schuld.

Von dem aber, welcher nicht bloß etwas nachläßt, ſondern ſeiner Unthätigkeit und Faulheit ganz und gar freien Lauf läßt, qui in dissoluta negligentia est, wird mit Recht geſagt, daß er in lata culpa,**) an allem Schuld ſei, was nun eintrat. Wenn ferner auch nicht Jeder mit Anwendung der diligentia, die ihm eigen und natürlich iſt, ſchon diligens iſt, ſo iſt doch Jeder, der nicht die diligentia, quam in suis adhibere solet, der nicht die ihm in ſeinen Sachen gewöhnliche diligentia anwendet, mit Recht einer dissoluta negligentia, lata culpa ſchuldig;***) denn was ei=

---

*) L. 25 § 7 D. locati conducti (19, 2). „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.“

**) L. 213 § 2 D. de V. S. (50, 16). „Lata culpa est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt.“

***) L. 32 D. depositi (16, 3). „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum

nem Gewohnheit iſt, iſt das unmittelbar Eigne, faſt von ſelbſt Geſchehende, was gar keine oder ſehr geringe Mühe macht. Wer auch das nicht thut, ſich nicht einmal geringe Mühe giebt, hat ſich gar keine Mühe gegeben, iſt in lata culpa, in totaler Fahrläſſigkeit.

Es verſteht ſich von ſelbſt, daß jeder Schuldner den Pflichten gegen ſeine Gläubiger omnem diligentiam widmen muß, daß die levis oder levissima culpa ihn verantwortlich macht. Muß doch ſogar, wer Niemandem ſchuldig iſt, ſich mit der exactissima diligentia vor Beſchädigung jedes Andern hüten *) und mit Recht; denn jeder ſoll und will in Allem, was er mit fremden Sachen thut, wie ein vir bonus et diligens thun. **)

---

videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit."

*) L. 44 pr. D. ad. leg. Aquil. (9, 2). „In lege Aquilia et levissima culpa venit."

**) L. 5 § 2 D. commodati (13, 6). „Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus, an et culpa, an vero et omne periculum? Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit, — tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur, — aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam, et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus, et culpa praestatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et culpam praestandam, et diligentiam."

L. 18 pr. eod. (13, 6). „In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt,

Nur wo Einer gar nichts zu thun übernimmt, wie beim depositum, kann er auch nicht omni diligentia zu thun

---

latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus, et piratis, et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet."

L. 25 § 7 D. locati conducti (19, 2). „Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset."

L. 2 § 1 D. de periculo et commodo (18, 6). „Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolo duntaxat, videamus. Et puto, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum, vel vis magna sit excusatum."

L. 3 eod. (18, 6). „Custodiam autem venditor talem praestare debet; quam praestant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet."

L. 13 C. mandati (4, 35). „A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur."

L. 5 § 1 D. de praescr. verbis (19, 5). „Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes." L. 17 § 1 h. t. (19, 5).

ſchuldig ſein. Er will die Sache nur bei ſich, d.i. bei dem Seinigen und wie das Seinige liegen laſſen, und vermeidet jede culpa, wenn er ſie nur nicht ſchlechter legt, als die ſeinigen von gleicher Art und Güte.

Dem Depoſitar ſteht aber der Preciſt vollkommen gleich, welcher ſo wenig wie der Depoſitar etwas mit der Sache zu thun eigentlich berechtigt oder verpflichtet iſt; aber die Sache, ſo lange er ſie hat, für ſich beſitzen, d.h. wie eine eigne haben ſoll. Beide heften alſo nur für dolus und was dem gleich iſt: für culpa lata.*) Eine culpa begehen beide, wenn ſie die Sache nicht ſo gut, wie ihre eigenen behandeln.

---

§ 1 i. f. I. de obl. quasi ex contr. (III, 27). „Sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibuisse, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia."

§ 4 I. quib. mod. re (III, 14). „Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis et in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet, quam si praestiterit, et alioquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere."

*) L. 1 § 8 D. depositi (16, 3). „Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum duntaxat praestare debere puto; quodsi accepit, ex conducto."

L. 5 § 2 D. commodati cit. (13, 6).

L. 8 § 3 D. de precario (43, 26). „Eum quoque precario teneri voluit Praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret. Illud adnotatur, quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat; nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit, quum totum hoc ex liberalitate descendat ejus, qui precario concessit, et satis sit, si dolus tantum praestetur; culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit."

In gewiſſen Rechtsverhältniſſen, nämlich vom socius und vom Theilnehmer einer zufälligen Gemeinſchaft, vom Tutor, vom Ehemann in Verwaltung der dos wird zwar omnis diligentia gefordert, aber dieſe als geleiſtet angeſehen, wenn der Schuldner die diligentia quam in suis leiſtete.*)

Denn dieſe Verhältniſſe erfordern ſo ausgedehnte und ſo lange dauernde Bemühungen, ſind oft ſo vermiſcht, oder gar durchdrungen mit eigenen Angelegenheiten, daß man ſagen muß, derjenige habe ſich in ihnen als ein bonus vir betragen, der niemals unter ſeine Natur ſank. Denn man kann wohl auf kurze Zeit und nach einer Seite hin ſeine Natur verleugnen und aufſchrauben, das iſt nur ſich anſtrengen; aber nicht für immer und nach allen Seiten; denn das wäre: ſich verwandeln. Das kann Niemand, kann alſo auch von dem, welchen man zum tutor, socius, Ehemann nahm, nicht erwartet werden.

---

*) L. 72 D. pro socio (17, 2). „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.“

L. 25 § 16 D. familiae erciscundae (10, 2). „Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum; non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit; nam et hos conjunxit ad societatem non consensus, sed res.“

L. 1 pr. D. de tutelae et ration. distrah. (27, 3). „In omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam.“

L. 17 pr. D. de jure dotium (23, 3). „In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet.“

So wie geſagt, ſteht es mit der Haftung wegen culpa nach ſtillſchweigendem Zutraun, nach bona fides. Aber man kann das durch ausdrückliche oder ſtillſchweigende Verträge ändern, man kann den äußerſten Fleiß, ſelbſt den Zufall übernehmen, und ſich von allem Fleiße dispenſiren.*)

Niemals aber kann man über den dolus paciſciren.**) Das iſt gegen die gute Sitte, ſo gewiß als es gegen den gemeinen Verſtand iſt, daß Jemand ſich verpflichte etwas zu thun mit dem Vorbehalt, auch das Gegentheil thun zu dürfen.***)

Nur dann iſt endlich im ganzen Civilrecht von einem Verſchulden die Rede, wenn die böſe Abſicht oder Fahrläſſigkeit böſen Erfolg hatte. Der Wille ſelbſt in ſeiner reſultatloſen Innerlichkeit wird im Gebiete des Privatrechts, aber ſchon nicht mehr in dem dem ſittlichen Gebiete näher liegenden Strafrecht, noch als freies Eigenthum der Perſon betrachtet.†) Den aus dem Willen hervorgegange-

---

*) L. 1 § 6 D. depositi (16, 3). „Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio; contractus enim legem ex conventione accipiunt.“

L. 1 § 35 D. eod. (16, 3). „Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint ejus, apud quem deponuntur, utputa si hoc nominatim convenit; sed et si se quis deposito obtulit, idem Julianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.“

**) L. 1 § 7 D. depositi (16, 3). „Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est.“

***) L. 8 D. de O. et A. (44, 7). „Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio, pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis; nam nec heres promissoris ejus, qui nunquam dare voluerit, tenetur, quia haec conditio in ipsum promissorem nunquam extitit.“

†) L. 14 D. ad leg. Cornel. de sicar. (48, 8). „Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus.“

nen Schaden für einen Andern aber, den muß, wer ihn verſchuldet hat, erſetzen.

§ 63.

(Schadenserſatz.)

Wer dolo, abſichtlich, nicht that, was er ſollte, ſondern abſichtlich die nun vorliegende Nichterfüllung, alſo das that und wollte, was ſtatt der Erfüllung nun geſchehen iſt, der hat auch Alles das gewollt und gethan, was dieſes dem Gläubiger geſchadet hat, iſt alſo auch alles, d.i. directes und indirectes Intereſſe zu leiſten ſchuldig, und haftet ſelbſt für die Zufälle, die ſich mit ſeiner That wirklich complicirt haben; denn ſie hätten das gewiß nicht gethan, wäre ſeine böſe That nicht da geweſen.

Aber dem Doloſen ſteht, wenn auch nicht in innerlicher ſtrafrechtlicher Beziehung,*) doch mit Recht in der privatrechtlichen Beziehung der Cauſalität an dem eingetretenen Schaden vollkommen gleich, wer lata culpa handelte, d.i. wer gar nichts that, ſondern ſeine Unthätigkeit und den Zufall walten ließ, den er abzuwehren befähigt und verpflichtet war. **)

L. 18 D. de poenis (48, 19). „Cogitationis poenam nemo patitur."

L. 53 § 2 D. de V. S. (50, 16). „Nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit."

*) L. 7 D. ad leg. Cornel. de sicar. (48, 8). „In lege Cornelia dolus pro facto accipitur; nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur."

**) L. 32 D. depositi (16, 3). „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur."

L. 226 D. de V. S. (50, 16). „Magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est."

L. 1 § 1 D. Si mensor falsum modum dixerit (11, 6). „Haec actio dolum malum duntaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus non est; proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit; sed et si negligenter, aeque mensor securus erit; lata culpa plane dolo comparabitur."

Er gilt mit Recht als einer, der das Unglück gewollt hat, was nun geſchehen, da er es ernſtlich, d. i. der That nach gar nicht nicht gewollt hat. Es gilt gleich, ſich die Pflichtwidrigkeit vorſetzen, oder ſeine Pflicht ganz nachſetzen. Er muß mittelbaren und unmittelbaren Schaden, omne quod interest erſetzen, wie der Doloſe, da er ſo gut wie dieſer Beides verurſacht hat.*)

Wer aber thätig iſt in der Erfüllung ſeiner Pflicht, nur noch nicht genug Fleiß daran ſetzte, ſie vollſtändig zu erfüllen, der wird nur angehalten, den noch erforderlichen aufzuwenden, d. h. das zu leiſten, was noch an vollſtändiger Erfüllung fehlt, den Werth deſſen, was noch ungeleiſtet iſt von dem, was geleiſtet werden ſollte, rei (sc. praestandae, faciendae) aestimationem, quanti ea res est; nur allein das directe Intereſſe, weil er an nichts Weiterem Schuld iſt.**)

Alle Verurtheilung und Zwang zum Erſatz wegen nicht freiwilliger Erfüllung, auch der auf ein Specielles eingegangenen Vermögensverbindlichkeit geſchieht aus dem generellen Vermögen des Schuldners, auf Geld; auf welches zuletzt allein ſicher getraut werden kann, und womit dem Gläubiger immer geholfen iſt, denn das juriſtiſch Weſentliche iſt zuletzt doch nur die Werthquantität.

---

*) L. 68 D. de rei vind. (6, 1). „Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit, quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est.“

**) L. 68 D. eod. (6, 1). „Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit, non pluris, quam quanti res est, id est, quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.“

Darum kann nicht der ganze empfundene Schade erſetzt werden, ſondern nur der in Geld zu veranſchlagende und vermittelbare, der Vermögenswerth, nicht aber der Affectionswerth, d. i. der ſchlechthin unvermittelbare, ſubjective, ſpecielle und darum nicht in genere und in nichts Anderem darſtellbare, der nicht zu erſetzende Werth. Der Vermögenswerth aber iſt entweder ein objectiver oder der, welchen die Sache an ſich, d. h. für jeden hat; oder ein ſubjectiver, der Geldwerth, den die Sache für dieſen Herrn durch ſeine Bedürfniſſe, Geſchicklichkeit, Connectionen ꝛc., wenn auch für keinen einzigen Andern, hat.

Wenn wegen culpa levis, alſo die aestimatio rei, d. i. der objective und ſubjective Vermögenswerth der ausgebliebenen Leiſtung an und für ſich, gefordert wird, ſo kann der geforderte Werth dieſer, als einer Sache, die da war oder iſt, gewußt und alſo bewieſen werden, und muß bewieſen werden, um juriſtiſch anerkannt zu werden. *)

Wer aber wegen dolus oder culpa lata Erſatz leiſtet, leiſtet nicht bloß den objectiven und ſubjectiven Vermögenswerth, den die ausgebliebene Leiſtung unmittelbar hatte, ſondern auch des Schadens, der auſſerdem mittelbar aus ſeiner That wirklich hervorgegangen, ſei es des damnum emergens, das ohne dies gewiß nicht geſchehen wäre, oder ein lucrum cessans, das ohne dies gewiß gemacht wäre.

Wenn nun vom Gläubiger dolus oder culpa lata, und damit das Recht auf das indirecte, ganze Intereſſe, omne quod interest, erwieſen iſt, ſo kann doch die Größe deſſelben nicht bewieſen werden; denn nur was war oder iſt, kann gewiß, d. i. bewieſen werden. Es handelt ſich hier aber um die Gewißheit deſſen, was nicht iſt, nämlich was nicht ſeiend, nur ſein würde, wenn die doloſe Nichterfüllung, die allein

---

*) L. 2 § 1 D. de in litem jurando (12, 3). „Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur; quum vero dolus, aut contumacia non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.“

iſt, nicht wäre. Darüber kann es keine rechte, juriſtiſche, ſich Anerkennung erzwingende, objective Gewißheit, Beweis, ſondern nur eine ſubjective Gewißheit, Glauben, Meinen geben, und darum keine größere verlangt werden.

Darum hat der Gläubiger bei der Angabe des ihm dolo oder culpa lata veranlaßten, oder was daſſelbe ſagt, bei Angabe des möglicherweiſe einen indirecten Schaden involvirenden Intereſſe von vorn herein und nicht erſt in subsidium das Recht, ſeinen Glauben über deſſen Betrag durch das juramentum in litem, Würderungs-Schätzungseid niederzulegen.*) Er ſchwört dieſen Eid gewiſſenhaft, wenn er überzeugt iſt von der Cauſalität des dolus**) für den von ihm

---

*) L. 2 § 1 D. de in litem (12, 3). „Cum vero dolus, aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.“

L. 4 § 4 D. eod. (12, 3). „Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum, constat, sed aestimationem a judice faciendam.“

L. 5 § 3 D. eod. (12, 3). „Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam; haec enim judex aestimat.“

**) L. 21 § 3 D. emti venditi (19, 1). „Quum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit. Neque enim, si potuit ex vino, puta, negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit; nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur; nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit; merito, quia, sive datum esset, haberem emtor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.“

L. 19 D. de periculo (18, 6). „Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris quaerere potuit.“

L. 2 § 8 D. de eo, quod certo loco (13, 4). „Nunc de officio judicis hujus actionis loquendum est, utrum quantitati

computirten Schaden, und wenn er nur den computabeln, d. h. den Vermögenswerth computirt. Ueber dieſen aber, ſowohl über den ſubjectiven als objectiven kann er nach ſeiner ſubjectiven Ueberzeugung in infinitum, ohne Präjudiz anders Glaubender ſchwören.

Im Glauben und Meinen kann man aber irren, denn der Eine meint anders, als der Andre. Glaubt der Richter anders, ſo muß ſein Glaube vorgehen, und er moderirt vorgängig oder nachträglich die Schätzung. Alſo iſt dieſer Eid kein Beweis, kein Gewißmachen, ſonſt müßte auch der Richter ihn anerkennen. Der Schuldner aber kann nicht klagen, da er ſelbſt dadurch, daß er des Gegners fides täuſchte, ſich deſſen fides überantwortete; es giebt kein andres Mittel.

§ 64.

(Casus, Zufall.)

Casus, Zufall, oder zufälliger Schaden, d. i. damnum casu datum iſt ein Schaden, der nicht durch den Willen oder die Schuld einer verantwortlichen Perſon entſtanden iſt. Er heißt auch vis major, der Zufall im vorzüglichen Sinn; oder periculum, welcher Ausdruck jedoch eigentlicher den möglichen, erſt zu erwartenden Unfall bezeichnet.

Wo ein casus, vis major, periculum Jemandes Vermögen trifft und ihm Schaden bringt, da iſt es ein Unglück für ihn,

---

contractus debeat servire, an vel excedere, vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei, Ephesi potius solvere, quam eo loci, quo conveniebatur, ratio ejus haberetur. Julianus Labeonis opinionem secutus, etiam actoris habuit rationem, cujus interdum potuit interesse, Ephesi recipere. Itaque utilitas quoque actoris veniet; quid enim, si trajecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam, vel sub pignoribus; et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua; vel fisco aliquid debebatur, et res stipulatoris vilissimo distracta est? In hanc arbitrariam quod interfuit, veniet, et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid, si merces solebat comparare, an et lucri ratio habeatur, non solius damni? Puto et lucri habendam rationem."

das er tragen muß. Denn Wer die Sache hat, hat auch das Riſico, periculum derſelben, und ihm geht ſie verloren; was ihm Niemand gethan, kann ihm auch Niemand erſetzen. *)

Das iſt natürlich und kann vom Rechte niemals geändert werden; aber das Recht kann öfters allein entſcheiden, wen eigentlich der casus getroffen, da es für die natürliche Betrachtung oft unmöglich iſt, zu unterſcheiden, wem eine Sache eigentlich gehört.

Einfach iſt die Entſcheidung, wenn der vom Unglück betroffene Gegenſtand lediglich und allein dinglich, z. B. in dominio oder usufructu **) gehabt wurde; denn was dinglich gehabt wird, das wird einfach von einem dominus allein gehabt, und es kann nur dieſer eine dominus ſein, der den Schaden empfindet und trägt, casum sentit dominus.

Verwickelt wird die Entſcheidung erſt, wenn es ſich handelt um einen Gegenſtand, der in obligatoriſchem Nexus ſchwebt, d. h. zwiſchen zweien Herren verwickelt iſt.

Die Frage iſt: Wer iſt der Betroffene, wenn der vermöge einer obligatio zu leiſtende Gegenſtand ohne

---

*) L. 23 D. de R. I. (50, 17). „Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt, quidam et dolum, et culpam; dolum tantum, depositum et precarium, dolum et culpam, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta; in his quidem et diligentiam. Societas, et rerum communio et dolum, et culpam recipit; sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium est; et ita utimur. Animalium vero casus, mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur."

**) L. 24 pr. D. quibus modis ususfr. (7, 4).

alle Schuld des Creditors *) und Debitors durch reinen Zufall vernichtet wurde? Klar iſt im Voraus, daß nicht bei allen Leiſtungen dieſer Fall eintreten kann, nämlich bei denen nicht, deren Gegenſtand an ſich ſchlechthin gegen Untergang ſicher iſt, d. i. bei den generellen, fungibeln Leiſtungen; wie wenn der Debitor Geld **) oder Geldesart***), einen gleichgültigen Dienſt, einen Botenlauf, eine Handwerksarbeit zu leiſten hatte, und dieſe zu leiſten für ſeine Perſon verhindert iſt. Denn leiſtet er bloß nicht, weil er nicht kann, ſo iſt das ſeine Schuld, ſo lange noch irgend ein Anderer es gekonnt hätte. Es frägt ſich nicht, ob ſubjectiv dieſer Debitor leiſten könne, ſondern ob objectiv geleiſtet werden könne, oder nicht.

Alſo nur von einer credirten Species kann die Frage ſein, und es muß geſagt werden, daß immer der Creditor es iſt, welchen der casus trifft und er ihn alſo trägt; denn mit Recht wird er angeſehen als der Herr des Gegenſtandes im letzten juriſtiſchen und practiſchen Sinn, er iſt der mittelbare oder vermittelte Herr der Sache.

Dieſe allgemeine Regel: „casum sentit creditor, oder debitor speciei liberatur interitu rei“ nach heutigem Ausdruck, begreift ſich am leichteſten bei ſolchen einſeitigen Obligationen, in welchen, wie gewöhnlich beim depositum, commodatum †), pignus ††) der Creditor auch dominus im engern Sinne iſt;

---

*) L. 203 D. de R. I. (50, 17). „Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.“

**) L. 1 § 4 D. de O. et A (44, 7). „Et ille quidem, qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit, nihilominus obligatus permanet.“

***) L. 35 § 7 D. de contrah. emt. (18, 1). „Sed et si ex doliario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest, unum pretium omnium centum metretarum insimul dictum sit, an in singulos eos.“

†) L. 1 § 4 D. de O. et A. (44, 7).

††) L. 6 C. de pigner. act. (4, 24).

leicht auch noch für einſeitige Obligationen überhaupt z. B. donatio. Aber auch vom Kaufe *) muß daſſelbe gelten. Nach perfectem Kaufe aber vor der Tradition ſtirbt beim Verkäufer der zu tradirende Sclave **). Dieſer Sclave, könnte ſcheinen, gehörte noch dem Verkäufer, alſo auch ſein Tod; aber es iſt in Wahrheit der Käufer, für den der Sclave in dominio und custodia des Verkäufers iſt, derjenige, deſſen der Sclave effective, utilitate iſt, er hat ihn durch den venditor, und er, der demnach jeden Ertrag und jede zufällige Beſſerung des Sclaven, commodum, mit Recht anſpricht, kann ſich auch dem periculum, dem effectiven Verluſte nicht entziehen. Anders, wenn der venditor den Sclaven für ſich ſeinetwegen noch zurückbehielt; denn da ſtirbt er auch ſeinetwegen. Sonſt aber hat der venditor ſeine Schuldigkeit gethan, wenn er jede Schuld vermied, si per eum non steterit, quo minus traderetur. Dem Rechte nach bleiben beide Ob-

*) L. 8 pr. D. de periculo (18, 6). „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit, nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet.

**) L. 5 § 2 D. de rescind. vend. (18, 5). „Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote quum venditor liberetur, et emtori homo pereat; quare, nisi justa conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt."

L. 12. 13. 14 D. de periculo et comm. (18, 6). „Lectos emtos Aedilis, quum in via publica positi essent, concidit; si traditi essent emtori, aut per eum stetisset, quominus traderentur, emtoris periculum esse placet." L. 13 D. eod. „Eumque cum Aedili, si id non jure fecisset, habiturum actionem legis Aquiliae, aut certe cum venditore ex emto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum Aedile habuisset, ei praestaret." L. 14 D. eod. „Quodsi neque traditi essent, neque emtor in mora fuisset, quominus traderentur, venditoris periculum erit. § 1. Materia emta si furto perisset, postquam tradita esset, emtoris esse periculo respondit, si minus, venditoris; videri autem trabes traditas, quas emtor signasset."

ligationen, die actio emti und venditi. Die emti actio wird inutilis; die venditi actio auf das pretium muß wirkſam bleiben; denn dem venditor ſteht keine doli und non adimpleti contractus exceptio entgegen, da er nicht haftete, daß die Tradition ſchlechthin geſchehen ſolle, ſondern nur, daß ſie durch ihn, d. i. durch ſeine Schuld nicht ausbleiben ſolle. Es wäre denn, daß er ausdrücklich oder ſtillſchweigend den Zufall übernommen hätte.

Nicht anders bei vermietheten Sachen. Kommt der Miether durch eine vis major nicht zum Genuß, ſo wird auch er umſonſt verlangen, daß der Miether ihm den Genuß verſchaffe, der ohne des Vermiethers Schuld unmöglich iſt; aber doloſe wäre es, wenn der Vermiether für den Genuß, welchen er ſelbſt nicht mehr hat, und weiß nicht mehr dem andern ſchaffen zu können, eine Bezahlung verlangen wollte. Denn es ſcheint nach bona fides die Miethe, ein in jedem Momente zu erfüllender, alſo auch neu zu perficirender Verkauf des Gebrauches, nur ſo lange gemeint, als der Gebrauch exiſtirt; und beide können das Geſchäft nicht wollen, ſeitdem ſie einſehen, daß es unmöglich iſt. Der Fall iſt gleich dem des Kaufes einer Sache, die nicht exiſtirt, aber als exiſtirend irrthümlich vorausgeſetzt wurde. Beim Kaufe der Eigenthumstradition d. i. der Sache fällt die Erfüllung, alſo auch die Frage nach Erfüllbarkeit und Perfection in einen Moment. Beim Kauf des fortwährenden Gebrauchs, d. i. bei der Sachenmiethe, iſt die Solution, alſo auch die Perfection und die Frage nach der Möglichkeit des Geſchäfts oder Exiſtenz ſeines Gegenſtandes eine fortlaufende. *)

---

*) L. 19 § 6 D. locati conducti (19, 2). „Si quis, quum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit, vel incendio consumta sit, pensionem residui temporis, rectissime Mela scripsit, ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum; non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causa conductionis proficeret.“

Nicht anders bei vermietheten Dienſten.*) Nicht anders bei einer alternativen Forderung, wohin auch die Forderung aus einem unbenannten Realcontract gehört, da hier der Creditor alternativ entweder praescriptis verbis auf Erfüllung der res, derenthalben er gab, klagen, oder condiciren kann entweder ob poenitentiam, oder ob rem non secutam.**) Denn wenn eine von beiden Leiſtungen durch Zu-

---

L. 15 § 2. 3. D. eod. (19, 2). „Si vis tempestatis Calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse; idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit. § 3. Quum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est."

*) L. 38 pr. D. locat. cond. (19, 2). „Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet."

**) L. 15 § 6 locat. cond. (19, 2). „Item, quum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit; quod in omnibus personis similiter observandum est."

L. 5 pr. D. de cond. caus. dat. (12, 4). „Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis vel valetudinis im-

fall unmöglich wurde, muß der Gläubiger ſich ſchlechthin mit der noch übrigen, wenn auch dieſe unmöglich wurde, mit Nichts begnügen*) und dennoch ſeine Gegenleiſtung erfüllen.

Aber wohl zu merken iſt, daß wenn der durch casus liberirte Schuldner mit einer actio directa oder contraria Gegenforderungen erhebt, er ſich Alles anrechnen laſſen muß, was er durch dieſen casus erſpart oder gewinnt, oder durch ſeine Schuld nicht erſparte oder nicht gewann.**)

---

pedimento fuerit, quo minus proficiscereris, an condici possit, videndum. Et quum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare; sed quum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est, nisi forte tua intersit, non accepisse te ob hanc causam pecuniam; nam si ita res se habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, jam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit; sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus, quod expendisti."

L. 16 D. eod. (12, 4). „Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares; utrum id contractus genus pro portione emtionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum, et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares."

*) L. 34 § 6 D. de contrah. emt. (18, 1). „Si emtio ita facta fuerit: est mihi emtus Stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest, dandus est; et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respicit; sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur, unus enim utique periculo emtoris vixit."

**) L. 19 § 9 D. locat. cond. (19, 2). „Quum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: Quum per te

Denn freilich kann der Eine nicht leiden durch einen Schaden, der nicht ihn, ſondern den Andern traf; aber es darf ſich der Eine nicht durch Beſchädigung des Andern bereichern.

Vor allen Dingen iſt zu unterſuchen, bevor den oberwähnten Grundſätzen Platz gegeben wird, ob der casus ein reiner casus war. Denn der Zufall, dem erſt durch des Schuldners Verſchulden die Möglichkeit des Eintritts eröffnet wurde, iſt Schuld des Debitors, und von ihm zu verantworten. *)

Da dieſe Unterſcheidungen von culpa und casus, von dolus und culpa oft ſchwer ſind, ſo gab das alte Recht keine Species in periculum, und brauchte nicht, was es nicht konnte, zwiſchen Urſache und Schuld, causa und culpa und zwiſchen den verſchiedenen Richtungen der Schuld zu unterſcheiden. Es creditirte **) nur fungible, nexible Sachen, denen kein periculum begegnen konnte. Wenn eine species fiducia gegeben wurde, ſo wurde ſie nur, aestimata in duplum, vendirt und es mußte ſchlechthin die Sache oder das vorherbeſtimmte duplum an Geld erſetzt werden, ohne Frage, weshalb die Sache nicht gegeben worden.

§ 65.

(Mora, Verzug.)

Die mora iſt eine Art der Schuld überhaupt, nämlich ſchuldhafte Verzögerung der Erfüllung, oder Nichterfül-

---

non stetisse proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est."

*) L. 1 § 4 D. de O. et A. (44, 7). „Sed et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur; veluti si quasi amicos ad coenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit, et id aut naufragio, aut praedonum hostiumve incursu amiserit."

**) Vgl. § 3 pag. 95. 96 ff. — § 9 pag. 107.

lung zu der Zeit, wo erfüllt werden ſollte und konnte. Denn daß bloß Er nicht erfüllen konnte, eine ſubjective Unmöglichkeit entſchuldigt ihn nicht, ſondern allein eine objective, *) die jeden Andern an ſeiner Stelle auch getroffen haben würde. Des Verzuges kann ſich übrigens auch der Gläubiger und zwar dadurch ſchuldig machen, daß er zögerte anzunehmen, da der Schuldner gehörig, wie und wann er ſollte und durfte, anbot. Der Erfolg dieſer mora iſt, daß der Schuldner von da an angeſehen wird, als hätte er ſeine Schuldigkeit gethan, wenn er nur nicht dolo und culpa lata eine ſpätere Erfüllung vereitelte.

Eine mora (solvendi) begeht der Debitor, welcher zu der Zeit, wo erfüllt werden konnte und ſollte, dies wiſſend oder durch ſeine Schuld nicht wiſſend, nicht erfüllt, und macht ſich dadurch das ganze Intereſſe, welches er verſchuldete, zu erſetzen ſchuldig. **)

War der Forderung nicht zum Voraus ein Zahlungstermin beigefügt, ſo muß der Gläubiger durch Mahnung, wobei aber auf Ort, Zeit und alle Verhältniſſe billige Rückſicht zu nehmen, dieſe Beſtimmung nachholen; ***) denn

---

*) L. 23 D. de usuris (22, 1). „Sed et si Reipublicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur, sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit. § 1. Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non extat, qui conveniatur.

**) L. 114 D. de V. O. (45, 1). „Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti me a intersit, moram factam non esse.“

L. 19 D. de periculo (18, 6). „Venditori si emtor in pretio solvendo moram fecerit, usuras duntaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit, et pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, quaerere potuit.“

***) L. 32 pr. D. de usuris (22, 1). „Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit; quod apud judicem exami-

Niemand braucht ein Creditum zu zahlen, was nicht gefordert iſt; denn Creditiren heißt: jetzt nicht haben wollen, ſondern einſt fordern wollen.

War aber ein Zahlungstermin zum Voraus beſtimmt, ſo braucht er nicht mehr durch nachträgliche Mahnung wiederholt zu werden, weil Jeder wiſſen muß,*) alſo weiß, was er ſoll d. i. hier zahlen; denn bis dann creditiren heißt: dann haben wollen. Der Creditor räumt durch die anticipirte Beſtimmung des Tages dem Debitor den Vortheil ein, daß er nicht früher gemahnt werden kann**) gegen den eignen Vortheil, daß er nicht ſpäter zu mahnen braucht. Der Debitor iſt, ſobald der Tag verſtrichen, ipso jure in mora, ſo lange er nicht die ſonſt unglaubliche Geduld des Gläubigers beweiſt, daß dieſer von dem Tage an nur ſein Recht zu fordern beginnen wollte. Nicht anders iſt der Dieb und wer ſonſt aus einem Delicte Entſchädigung ſchuldet, ipso jure in mora; denn was Einer zu nehmen zu keiner Zeit das Recht hat, das bringt er allezeit zu ſpät zurück.***)

---

nabitur. Nam, ut et Pomponius libro duodecimo Epistolarum scripsit, difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque Constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam juris.“

*) L. 12 C. de contrah. et committ. stipul. (8, 38). „— — quum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare: non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.“

L. 114 D. de V. O. (45, 1) cit.

**) L. 49 § 3 D. de V. O. (45, 1). „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse.“

L. 41 § 1 D. h. t. (45, 1). „Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore.“

***) L. 20 D. de condictione furt. (13, 1). — „quia videtur, qui

Die Mahnung, interpellatio, geſchieht übrigens nicht allein durch Klaganſtellung,*) ſondern durch jede verſtändliche Willensäußerung dahin, daß man Zahlung wolle.**)

§ 66.

(Quantität der Leiſtung, u. v. ſ. g. Beneficium competentiae.)

Die Regel iſt, daß in solutione grade ſo viel ſein müſſe, als in obligatione war. Von dieſer Regel aber hat es ſchon frühe zu Gunſten gewiſſer Perſonen die Ausnahme gegeben, daß der Debitor nicht zu Mehr verurtheilt wurde, als er zu leiſten im Stande war, condemnatur in quantum facere potest. Der Vortheil für den Schuldner war nicht bloß der, daß er der Inſolvenz und der in dieſer immer enthaltenen Infamie und häufig auch damit verbundenen Haft entging, ſondern die Rechtswohlthat wurde auch noch benigne dahin interpretirt, daß er ſoviel von dem Seinigen zurückbehalten durfte, daß er nicht darbte. Sonſt muß der ſo begünſtigte Schuldner Alles hergeben und leiſten, was er nach Abrechnung dieſer Alimente jetzt hat und kann, oder durch ſeinen dolus***) nicht kann, ohne andere Schulden noch vor abziehen zu dürfen; denn der Gläubiger ſoll dieſem begünſtigten Schuld-

---

primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere."

*) L. 15 § 3 D. de rei vind. (6, 1). „Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus."

**) L. 32 pr. D. de usuris (22, 1). cit.

***) L. 63 pr. D. pro socio (17, 2). „Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quominus possint, condemnari oportere; hoc enim summam rationem habet, quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat."

ner, aber nicht andern Gläubigern nachſtehen. Anders aber der Schenker gegen den Beſchenkten. Dieſem gegenüber darf Jener auch ſeine Schulden ex causa onerosa vorabzie-hen,*) nicht bloß, weil er ſonſt doch häufig durch jene Gläubiger um den Erfolg der Rechtswohlthat gebracht werden würde, ſondern weil es immer billig iſt, daß jene Gläubiger, ſo gut wie der Schuldner ſelbſt, dem Gläubiger aus einer Schenkung vorgehen; denn Schenkenwollen heißt Etwas lieber dem Andern gönnen, als es ſelbſt behalten wollen; dieſe Abſicht aber kann ſich nicht auf das erſtrecken, was man gar nicht entbehren kann, und auf das, was man gar nicht mehr disponibel hat, auf bona obnoxia creditoribus.

Da die Rechtswohlthat allein zum Vortheil des jetzt bedrängten Schuldners, um dieſen gegen Inſolvenz und gänzliche Armuth zu ſchützen, nicht aber zum Nachtheil des Gläubigers da iſt, ſo muß der Schuldner dem Gläubiger, welcher ſonſt häufig entweder ipso jure oder in Folge der exceptio rei judicatae oder in judicium deductae den Reſt ſeiner Forderung überhaupt, oder doch die Klage auf denſelben verloren zu haben ſcheinen könnte, Caution leiſten, daß er nachzahlen wolle, wenn er wieder etwas Bedeutendes erworben habe.**)

---

*) L. 19 D. de re jud. (42, 1). „Inter eos, quibus ex eadem causa debetur, occupantis melior conditio est; nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur, sicuti fit in de peculio actione; nam et hic occupantis melior est causa. Sed et si cum patre patronove agetur; non est deducendum aes alienum, maxime quod ejusdem conditionis personis debebitur, ut liberis, libertis. § 1. Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest, condemnatur; et quidem is solus deducto aere alieno. Et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa; imo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto, sed et ipsi ratio habenda est, ne egeat.“

**) L. 63 § 4 D. pro socio (17, 2). „Item videndum, an cautio veniat in hoc judicium ejus, quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio; quod magis dicendum arbitror.“

L. unic. § 7 C. de rei uxor. act. (5, 13).

Da nur dieſer Schuld oder dieſem Schuldner die Rechtswohlthat verliehen iſt, ſo kann der Gläubiger Erben *) und Bürgen **) ſo gut, wie dritte Pfandbeſitzer belangen.

Die Schuldner und Schulden aber, welchen die Rechtswohlthat zuſteht, ſind z. B. ***): 1) Soldaten. 2) Die Eltern gegen die Kinder. 3) Socii aller Gattungen gegen einander. 4) Der Ehemann, welcher auf Reſtitution der dos belangt wird. 5) Der Schwiegervater, welcher auf Auszahlung der dos belangt wird. 6) Der Schenker gegen den Beſchenkten, und zwar dieſer, wie ſchon bemerkt, mit Vorabzug der Schulden aus oneroſem Grunde.

§ 67.

(Qualität der Leiſtung.)

Der Schuldner muß in Rückſicht der juriſtiſchen ſowohl, als der factiſchen Qualität ſeiner Leiſtung genau das leiſten, was bona fide nach ausdrücklicher und ſtillſchweigender Uebereinkunft von dem Gläubiger erwartet wurde. Dazu gehört aber Manches, was oft erſt nach der momentan und ſcheinbar vollſtändigen Leiſtung als fehlend und mangelnd wahrgenommen wird.

Nach dem älteſten und älteren Rechte vor dem Edictum perpetuum war es Sitte und Nothwendigkeit, bei Gründung der Obligation alles dahin Gehörige ausdrücklich zu bedingen. Später aber, nachdem die Geſchäfte an Schwierigkeit und Verwicklung, der Verkehr an Credit und Unvorſichtigkeit in Geſchäften zunahm, wurde durch die Jurisdiction und die Edicte

---

*) L. 25 D. de re jud. (42, 1). „Sciendum est, heredes earum personarum non in id, quod facere possunt, sed in integrum teneri.“

**) L. 24 D. eod. (42, 1). „Et si fidejussor acceptus sit rei, vel actionis, non proderit ei, si persona, pro qua fidejussit, in quantum facere potest, condemnanda est. § 1. Si maritus solvendo non fuerit, licet ipsi marito prosit, quod facere non possit, — id enim personae mariti praestatur —, heredi ejus hoc non prodest.“

***) L. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 30. D. de re jud. (42, 1).

der Magiſtrate und die Interpretation der Juriſten faſt alles das, was ſonſt ausdrücklich bedungen zu werden pflegte, und deshalb ausdrücklich bedungen ſein mußte, um gefordert werden zu können, als ipso jure geſchuldet betrachtet.

Haftung des Debitor wegen juriſtiſcher Unvollſtändigkeit der Erfüllung, Verbindlichkeit zur Leiſtung des Intereſſe aus der Eviction.

Eine Eviction iſt vorhanden, ſobald dem Creditor Succeſſor durch rechtskräftiges Urtheil im petitoriſchen dinglichen Proceſſe wegen eines ſchon beim Debitor Auctor vorhandenen dem Erwerber unbekannten Mangels und ohne andre Schuld deſſelben das übertragene Recht ganz oder theilweiſe abgeſtritten iſt *).

Nach neuerem Recht verſteht ſich die Verbindlichkeit des Auctors, auf dieſen Fall vollſtändige Entſchädigung **) zu leiſten, bei allen oneroſen Geſchäften von ſelbſt; er iſt ipso jure auctoritatis obnoxius; denn nur der kann hier nach bona fides gelten als Einer, welcher recht erfüllte und gab, der ſo gab,

---

*) L. 21 § 1 D. de evict. (21, 2) „Inde Julianus libro quadragesimo tertio eleganter definit, duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem.“

L. 25 D. h. t. (21, 2).

L. 1 D. h. t. (21, 2). „Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emtor in venditorem, sed quum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis. Quodsi certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus.“

**) L. 70 D. h. t. (21, 2). „Evicta re ex emto actio non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest, competit; ergo et si minoris esse coepit, damnum emtoris erit.“

daß der Empfänger das Erhaltene recht behalten konnte, ut recte habere liceret.

Nach älterem Rechte wurde immer auf den Fall der Eviction eine beſondere Stipulation, bei bedeutenden Käufen eine stipulatio dupli, bei unbedeutendern eine stipulatio simpli geſchloſſen; jene hießen duplariae, dieſe simplariae venditiones; und ſelbſt nach claſſiſchem Rechte galt der Verkäufer ſchuldig, dieſe Stipulation zu ſchließen. *)

1) Wo die stipulatio dupli oder simpli wirklich angewandt war, konnte der Gläubiger, wenn dieſe ihrer beſondern Faſſung wegen für nicht committirt zu erachten war, mit der ipso jure nach bona fides zuſtehenden Contractsklage auf einfache Entſchädigung **) wegen des Evictionsintereſſe verſuchen. 2) Wenn er aber mit der actio ex stipulatu in duplum oder in simplum dieſes erhalten hat, ſo ceſſirt die Contractsklage auf Entſchädigung, weil ihm die Eviction entweder nicht ſchadete oder gar nützlich war. 3) Wer mit der Contractsklage Erſatz erhalten hat, dem muß stricto jure die actio ex stipulatu immer competiren, da und wo die stipulatio durch die Thatſache der Eviction an ſich committirt iſt, ***) aber nach bona fides nur ſo weit wirkſam und nützlich ſein, als er ſich nach der Entſchädigung durch die Contractsklage noch im Schaden befindet, d. h. auf das Plus der Stipulationsſumme.

Wer ſich ſeine Entſchädigungsanſprüche aus der ihm widerfahrenen Eviction nicht durch den Vorwurf eigner Verſchuldung vereiteln laſſen will, der muß den Beginn der Vindication der Sache, ſei er nun in derſelben Kläger oder Beklagter,

---

*) L. 37 pr. D. h. t. (21, 2). „Emtori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit, non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur.“

**) L. 6 C. de evict. (8,45). „Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex emto competere actionem.“

***) L. 21 § 1 D. h. t. (21, 2) cit.

dem Auctor anzeigen, litem denunciare,*) damit dieſem Gelegenheit gegeben werde, die Wahrheit des übertragenen Rechtes, für welche er verantwortlich iſt, zu erproben.

(Haftung des Schuldners wegen factiſcher Mängel der Erfüllung und vom Aedilitiſchen Edicte.)

Nach alter Sitte wurden auch wegen der factiſchen Eigenſchaften des gekauften oder ſonſt oneros erworbenen Gegenſtandes ausdrückliche Stipulationen in duplum oder in simplum geſchloſſen und für nöthig erachtet, um dem Erwerber einen Regreß zu ſichern; denn ſonſt ſchien er leicht durch die Annahme der Leiſtung dieſe gebilligt und den Schuldner liberirt zu haben.

Schon ſehr früh jedoch gab das Edict der curuliſchen Aedilen für den Verkauf von Sclaven und Laſtthieren einige, bald auch auf andre Gegenſtände und auf die meiſten oneroſen Geſchäfte**) ausgedehnte, beſondre Rechtsmittel wegen mancher Uebervortheilungen des Käufers, den die Verſäumniß oder mangelhafte Faſſung der Stipulation in Schaden gebracht hatte.

Später wurde freilich das Meiſte, aber doch nicht Alles, was die Stipulationen und dieſe ädilitiſchen Rechtsmittel gewähr-

*) L. 8 C. de evict. (8, 45). „Emtor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex emto actionem contra venditorem vel fidejussorem ejus habet. Sed et si judicio emtor non adfuit, aut praesens per injuriam judicis victus est, absente auctore vel fidejussore, regressum adversus eum non habet.“

**) L. 63 D. de aedilit. edict. (21, 1). „Sciendum est, ad venditiones solas hoc Edictum pertinere, non tantum mancipiorum, verum ceterarum quoque rerum. Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur; haec tamen ratio redditur, vel quia nunquam istorum de hac re fuerat jurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones, fiunt.“

L. 62 D. h. t. (21, 1). „Ad res donatas Edictum Aedilium curulium non pertinere dicendum est.“

ten, als ipso jure in dem emti judicium und den übrigen bonae fidei judiciis enthalten angeſehen.*) Aber dennoch blieben die Aedilitiſchen Rechtsmittel electiv neben den Contracts-klagen, und neben beiden die ausdrücklichen Stipulationen und die aus dieſen hervorgehenden Klagen electiv practiſch.

Die Aedilitiſchen Rechtsmittel ſind die, in ihrer durch die Praxis und Doctrin erweiterten Geſtalt, ſtets alternativ zuſtändigen redhibitoria actio und quanti minoris.**) Dieſelben ſind begründet a) wenn verborgene d. h. ſolche Fehler der Sache, die auch einem Kundigen entgehen konnten, verſchwiegen ſind. b) Wenn die Sache die verſprochenen Eigenſchaften nicht hat. 1) Die redhibitoria geht auf Zurücknahme der Sache, welche der Käufer juriſtiſch***) und factiſch vollſtändig und unverſehrt offeriren muß, gegen Reſtitution des vollſtändigen Kaufpretium. Die Klage erliſcht ſchon nach 6 Monaten. 2) Die quanti minoris, welche erſt nach 1 Jahre erliſcht, geht auf verhältnißmäßige Herabſetzung des Kaufpretium.

---

*) L. 31 § 20 D. h. t. (21, 1). „Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.“

**) L. 18 pr. D. h. t. (21, 1). „Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emtor queratur, aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanti minoris judicio agere potest; verbi gratia si constantem, aut laboriosum, aut curracem, vigilacem esse, aut ex frugalitate sua peculium acquirentem affirmaverit, et is ex diverso levis, protervus, desidiosus, somniculosus, piger, tardus, comesor inveniatur; haec omnia videntur eo pertinere, ne id, quod affirmaverit venditor, amare ab eo exigatur, sed cum quodam temperamento — —.“

***) L. 21 § 1 D. h. t. (21, 1). „Quum redditur ab emtore mancipium venditori, de dolo malo promitti oportere ei, Pomponius ait, et ideo cautiones necessarias esse, ne forte aut pignori datus sit servus ab emtore, aut jussu ejus furtum sive damnum cui datum sit.“

§ 68.

B. Confuſion.

Durch Confuſion des Creditor und Debitor in eine Perſon muß die Obligation zwiſchen den confundirten Perſonen naturaliter und civiliter erlöſchen; denn Niemand kann an ſich ſelbſt zahlen oder von ſich ſelbſt fordern. Wo alſo eine Correalobligation mehrerer Gläubiger iſt, wird der nach der Confuſion und dem Verſchwinden des Mitgläubigers nachbleibende Gläubiger in der Forderung des Ganzen nicht gehindert, wo mehrere Correalſchuldner waren, der nachbleibende Schuldner von der Schuld des Ganzen durch die Confuſion ſeines Nebenſchuldners nicht befreit*) werden; denn da Correal-Schuldner alternative Schuldner ſind, ſo muß in dieſer Beziehung daſſelbe gelten, als wenn dem einen Schuldner einer alternativen Leiſtung die eine Leiſtung durch casus unmöglich geworden wäre.

§ 69.

C. Compensatio.

Compenſation, Aufwägung, Ausgleichung iſt abſtract das Verhältniß von zwei einander gegenüberſtehenden, gleichen Forderungen d. i. in denen dieſelben Perſonen gegenſeitig Gläubiger und Schuldner deſſelben Gegenſtandes ſind.**) Dieſe Abſtraction aber iſt erſt das Reſultat einer ſpätern freieren practiſchen Behandlung der Obligationen und einer darauf gegründeten theoretiſchen Anſchauung.

Nach der ältern Betrachtung, zufolge welcher jede Obligation wegen ihrer Haft an der eigentlichen Perſon eine durchaus abgeſchloſſene Individualität war, mußte die eine im Verhältniß zur andern durchaus incomparabel und incommenſurabel d. i. incompenſabel erſcheinen.

---

*) L. 71 pr. D. de fidejussoribus (46, 2).

**) L. 1 D. de compens. (16, 2). „Compensatio est debiti et crediti inter se contributio."

Wenn im Anfang des 5ten Jahrhunderts ein Debitor, der ex mutuo auf 100 belangt wurde, auf den Einfall gekommen wäre, nicht bezahlen zu wollen, weil er daſſelbe vom Kläger zu fordern hätte, da dieſer ihm ex vendito grade daſſelbe ſchuldete, ſo hätte bei dieſer Gelegenheit dem Prätor und dem Kläger im eigentlichen Sinne der Verſtand ſtille geſtanden, man hätte ihn nicht verſtanden. „Daſſelbe? mutuum und venditum „daſſelbe? Forderſt daſſelbe, was er fordert? Was er fordert, „iſt ja, was du ſchuldig biſt, willſt alſo fordern, was du ſchul„dig biſt? Meinſt alſo, daß fordern und ſchuldig ſein daſſelbe „iſt? kann's mir nicht vorſtellen.“ Der Beklagte hätte wohl geantwortet: „ich meine ja nicht daſſelbe, ſo wie ihr es meint; „ſondern meine ein Gleiches, Aehnliches, wie ich ihm ſchul„dig bin, iſt er mir ſchuldig, alſo brauch ich doch nicht erſt zu „bezahlen.“ Da hätte er zu hören bekommen: „Wie war das? „Biſt ſchuldig, alſo brauchſt nicht zu bezahlen. Ich meine, „was Recht iſt, von Aehnlichkeiten iſt hier nicht die Rede, ſon„dern von dieſem ſelbigen mutuum, nicht was du zu „fordern haſt, frage ich dich, ſondern was du ſchuldig biſt. „Wenn du fordern willſt, ſo fordre, und ich werde dir ſa„gen, ob ich ſchuldig bin.“ Und dieſer Kläger hat recht, daß er ſich des Beklagten Zumuthung nicht vorſtellen kann, denn vorgeſtellt kann es nicht werden, es muß verſtanden werden. Die Paſſivität der ruhenden in ſich concreten Vorſtellung kann nicht über ihren zufälligen Inhalt hinaus, und nichts von demſelben aufgeben. Es iſt dieſelbe Schwierigkeit, welche es damals macht, von der natürlich zufälligen Einheit der Vorſtellung zur verſtändigen Unterſcheidung zu gelangen, die es ſpäter macht, von dieſer zur vernünftigen Einheit zu gelangen, von der man mit Recht ſagt, daß man ihr Beginnen nicht verſtehe; denn es muß begriffen werden.

Genug, verſtändige Prätoren und Creditoren des 6ten Jahrhunderts verſtanden die Sache, wußten Weſentliches und Unweſentliches an einer Forderung nach beſtimmten Beziehungen zu unterſcheiden. Sie ſahen ein, daß zwei in Rückſicht der Perſonen entgegengeſetzte, in Rückſicht der

causa verſchiedene Obligationen doch für den fraglichen Geſichtspunct, in Rückſicht des zu Leiſtenden dieſelben ſein könnten, und daß es nicht nützlich und billig ſei, daß der Schuldner hier das, was er jure ſchuldig ſei, auch zu zahlen verurtheilt werde; ſie geſtatteten eine Einrede der Compenſation,*) aber nicht immer, ſondern mit Diſtinktion.

Anfangs wurde dieſe Einrede 1) nicht gegen actiones in rem zugelaſſen, weil durch dieſe immer eine species gefordert und dadurch die Gleichartigkeit des Gegenſtandes ſchlechthin ausgeſchloſſen wurde. 2) Desgleichen nicht gegen stricti juris actiones in personam, weil in dieſen nach bona fides nur das ausdrücklich Zugeſagte berückſichtigt werden konnte.

Nur gegen bonae fidei actiones in personam wurde, um nicht noch weiter zurückzugehen, anfangs, die übrigen Qualificationen der Gegenforderung vorausgeſetzt, die Compenſation zugelaſſen. Aber ſchon zu Zeiten der Claſſiker war es entſchiedene Praxis, daß auch aus Forderungen ex stricto jure compenſirt werden könne, weil das Gegenforderungsrecht nicht mehr bloß als Einrede, ſondern ipso jure**) zu wirken ſchien; Juſtinian endlich ließ die Compenſation ſogar gegen dingliche***) Klagen, oder richtiger gegen die aus ſolcher Klage auf Geld gerichtete Verurtheilung zur Präſtation der aestimatio rei oder causae zu.

Was die Beſchaffenheit der compenſirenden Gegen-

---

*) L. 2. 3. D. h. t. (16, 2). „Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare. 3. Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere.“

**) L. 21 D. h. t. (16, 2). „Posteaquam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.“

***) L. 14 pr. C. de compens. (4, 31). „Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.“

forderung betrifft, ſo war auch eine naturale*) Forderung von jeher genügend. Dieſelbe muß aber ein genus gleicher Art, wie die Forderung, zum Gegenſtande haben; ſie muß unbedingt und unbetagt,**) fällig zur Zeit der Vorbringung und endlich liquidabel***) ſein, d. h. nicht allzu lange Zeit zu ihrem Beweiſe erfordern; denn man kann nur compenſiren mit dem, was man jetzt zu fordern hat, man hat aber nur zu fordern, was man jetzt gewiß, d. i. jetzt erweislich zu fordern hat. Gleichgültig iſt es endlich, ob dem Beklagten die Gegenforderung direct oder nur utiliter, wenn ſie ihm nur wirkſam †) zuſteht.

Gleichgültig iſt der Grund ††), die causa, ſowohl der

---

*) L. 6 D. h. t. (16, 2). „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem."

**) L. 7 pr. D. h. t. (16, 2). „Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat."

***) L. 14 § 1 C. h. t. (4, 31). „Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. § 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, quum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque judices observent, et non procliviores in admittendas compensationes exsistant, nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant — —."

†) L. 14 D. h. t. (16, 2). „Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt."

††) L. 10 § 2 D. h. t. (16, 2). „Quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva ceterorumque maleficiorum, si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum ha-

Forderung als der Gegenforderung, beide können ſowohl pönale als perſecutoriſche ſein. Nur gegen zwei Klagen kann nicht compenſirt werden: *)

a) Nicht gegen die actio depositi; denn der Depoſitar nimmt die Sache unter der Verpflichtung unbedingter, unweigerlicher Zurückgabe, und lediglich zur ihn beläſtigenden Aufbewahrung, ſo daß durch die actio depositi ihm nicht eine Forderung gemacht, d. h. eine Laſt und Aufopferung zugemuthet, ſondern Befreiung von einer Laſt zu Theil wird.

b) Nicht gegen die Verurtheilung aus poſſeſſoriſchen Klagen kann compenſirt werden. Denn dieſe ſogenannte Verurtheilung iſt ſo wenig eine wahre Verurtheilung, d. h. Verpflichtung zum Geben, damnare, als die poſſeſſoriſche Klage, interdictum de vi, uti possidetis, eine wahre Forderung iſt, d. i. Verlangen, daß Einem gegeben werde, was man nicht hat. Im poſſeſſoriſchen Proceſſe wird nur die Behauptung, daß man den Gegenſtand habe, alſo nicht zu fordern brauche, erhoben und gerichtet. Aber compenſiren, d. i. gegenfordern kann man nur gegen eine Forderung.

Die Wirkung der Compenſation konnte, wie ſie nach älteſtem Recht gar keine war, als ſie zuerſt berückſichtigt wurde, nur eine Einredebefugniß ſein; denn wenn es auch unbillig erſchien, die Gegenforderung bei der Verurtheilung nicht zu berückſichtigen, ſo war dieſelbe doch ein der Forderung des Klägers äußerlicher Umſtand. Seitdem aber der intenſivere Verſtand den Gegenſtand der Forderung von ihren übrigen Momenten beziehungsweiſe auszuſcheiden verſtand, und als das letzte Weſentliche aller Forderungen die einfache Quanti=

---

bet. Idem est, et si condicatur ex causa furtiva. Sed et qui noxali judicio convenitur, compensationem opponere potest."

*) L. 14 § 1. 2. C. h. t. (4, 31). — — „excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. § 2. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur."

tät, Geld, erkannte, ſo mußte eingeſehen werden, daß bei einer Gegenforderung nicht bloß unbillig verurtheilt werde, ſondern daß vom Augenblick der exiſtenten Gegenforderung die Forderung nicht mehr exiſtire, ipso jure nulla ſei,*) weil es unmöglich iſt, daß Einer daſſelbe was er ſchuldig iſt, auch zugleich fordere. So muß das neuere Recht entſcheiden, wenn es das für die Frage über Identität der Schuld und Gegenſchuld aus dem Geſichtspunct des Beklagten allein Weſentliche richtig erwog. Die alte concrete Vorſtellung, welche noch unverſtändig, keine verſchiedene Standpuncte kannte und bei jedem Gebrauche einer Vorſtellung Alles, alſo auch das Unweſentliche mitnahm, mußte von ihrem Standpunct entſcheiden, wie ſie that, daß Etwas, eben weil und da es wirklich gefordert werde, eben deshalb nicht geſchuldet werden könne.

Weil es nun nach der neuern Anſicht nicht auf die juriſtiſche causa des Forderns, ſondern nur auf die Identität des Gegenſtandes, der gefordert und geſchuldet wird, ankommt, ſo muß die Compenſation ſo gut gegen die Klage aus der Verurtheilung, als gegen die Klage auf Verurtheilung wirken.**) Der, welcher als Beklagter von ſeinem Rechte zu compenſiren keinen

---

*) L. 21 D. h. t. (16, 2) cit.

L. 4 D. h. t. (16, 2). „Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim quum totum peto a reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur ipso jure in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.“

L. 11 D. h. t. (16, 2). „Quum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas.“

**) L. 2 C. h. t. (4, 31). „Ex causa quidem judicati solutum repeti non potest, eapropter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, qui judicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubium est.“

Gebrauch machte, kann, wenn er es aus Irrthum unterließ, entſchieden mit der condictio indebiti zurückfordern,*) wenn er es wiſſentlich unterließ, mit der condictio sine causa, oder utiliter mit der Klage aus ſeiner Forderung, wenn dieſelbe eine causa civilis hatte, ohne daß ihm die Behauptung der Nullität oder des Verzichts, welche nach dem ſtrengen Rechte der ipso jure durch Compenſation eintretenden Nullität beider Forderungen zuſtändig wäre,**) ſchaden könnte; denn er hätte dagegen die replica doli. Denn ſo gewiß es iſt, daß der zur Compenſation berechtigte Beklagte wiſſentlich zahlend auf die Richtigkeit der gegneriſchen Forderung verzichtet, ſo gewiß iſt es, daß der annehmende Kläger auf die Richtigkeit ſeiner Schuld verzichtet hat. Weswegen denn auch der Gläubiger, welcher wiſſend, daß ihm die Einrede der Compenſation entgegenſteht, dennoch die Zahlung ſeiner Forderung annimmt, nicht als fur betrachtet werden kann.

Wenn troß der mit der Abſicht zu compenſiren vorgebrachten Gegenforderung der Richter den Beklagten verurtheilt, weil er die Gegenforderung als unbegründet, unzahlbar, impenſabel erkannte, ſteht jeder ſpätern Geltendmachung derſelben die exceptio rei judicatae entgegen, weil über ſie geurtheilt iſt, wenn er ſie verwies, weil ſie als etwa noch nicht fällig, unbeſtimmt, illiquidabel zur Compenſation nicht geeignet war, ſo kann ſie zur Klage oder Einrede in einem andern Proceſſe benutzt werden, weil in dieſem Verfahren nur ausgeſprochen iſt, daß hier nicht über ſie erkannt werden könne.***)

---

*) L. 10 § 1 D. h. t. (16. 2). „Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.“

**) L. 1 D. de condict. indeb. (12, 6). „Nunc videndum de indebito soluto. § 1. Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.“

***) L. 7 § 1 D. h. t. (16, 2). „Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio; nec

§ 70.

D. Novatio.

Die Novation iſt Vernichtung einer beſtehenden Obligation dadurch, daß ſie einen Theil ihres Weſens verliert, weil derſelbe zur Errichtung einer neuen Obligation verwandt wird.*) Das Weſentliche iſt, daß beide Erfolge ein einziger Act ſind, welcher nur durch verba, d. i. durch stipulatio oder durch literae**) bewirkt werden konnte.

Nach der alten Vorſtellung iſt die Obligation ſchlechthin Individualität und Integrität, und jedes Beſtandtheil creditor, debitor, causa und Leiſtung ſchlechthin die andere integrirend und ſchlechthin einzig. Wird alſo eines dieſer Beſtandtheile weggenommen, ſo iſt nulla obligatio. Wenn aber das dort Wegnehmen durch Hineinnehmen in eine neue Obligation geſchieht, ſo iſt zugleich eine neue Obligation da.

Daß dieſes durch verba, und ſo lange die litterae practiſch waren, auch durch litterae uno actu wirklich geſchehen konnte, hatte darin ſeinen Grund, daß die verba, die par majorve***)

---

enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito; tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio.“

*) L. 1 D. de novat. et deleg. (46, 2). „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione. § 1. Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.“

**) Gaj. III, 128. 129. 130.

***) L. 6 § 1. L. 7 D. h. t. (46, 2). „Quum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum, et si

potestas unter allen causae obligationum, nicht bloß hinreichend um eine neue Obligation zu gründen, ſondern auch um jede beſtehende anzugreifen, Daſein als reine causa obligandi ohne allen beſtimmten Inhalt hatten, empfänglich für jeden Inhalt waren.

Die stipulatio war eine beſtimmt erkennbare, für allen Stoff brauchbare Form, ein reines Gefäß von ſelbſtſtändigem Daſein und civiler Macht. Die Sache kann nicht ſinnlich genug vorgeſtellt werden. Die Vorſtellung der Novation iſt dieſe: der stipulator nimmt in der Frage dieſe Schale, die stipulatio, zur Hand, gräbt oder ſchöpft damit aus einer beſtehenden Obligation ein Stück heraus; der promissor ſetzt in der Antwort den Deckel darauf. So iſt das Stück hier wohlverwahrt zu einer neuen Obligation, die alte iſt deſſelben beraubt, zuſammengefallen; ſie iſt durchaus nulla*) und in der neuen iſt nur, was in den Worten oder der Abſicht der novirenden stipulatio war.**)

1) Was die Beſchaffenheit der alten Obligation betrifft, ſo kann jede Obligation, naturale wie civile, novirt werden, wenn ſie nur da iſt, alſo keine nulla, und wirkſam da

ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit. L. 7. Quum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.“

*) L. 18 D. h. t. (46, 2). „Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currunt.“

**) L. 11 § 1 D. de pignerat. act. (13, 7). „Novata autem debiti obligatio, pignus perimit, nisi convenit, ut pignus repetatur.“

***) L. 1 § 1 D. h. t. cit. L. 2 D. h. t. (46. 2). „Omnes res transire in novationem possunt; quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest, et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione, dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.“

iſt, alſo keine inanis, inutilis. Es könnte gezweifelt werden, ob auch ein Correalobligationsgläubiger *) noviren, d. i. durch Novation die ganze Obligation auch für ſeine Mitgläubiger vernichten könne? Indeſſen da die Novation objectiv, an ſich, die Macht hat, eine Obligation zu vernichten, der Correalgläubiger als ſolcher vollkommen Herr der Obligation iſt, wie ſeine Berechtigung zur vollwirkſamen Zahlungsannahme und Acceptilation darthut, ſo kann nicht bezweifelt werden, daß er durch ſeine alleinige Stipulation, wenn er das will, auch noviren kann. Jedes Beſtandtheil der alten Obligation kann novirt werden, alſo:

a) Die causa; und zwar in genere, z. B. wenn unter denſelben Perſonen, unter welchen ex empto eine Schuld von 100 beſtand, der venditor den emptor fragt: quae ex empto mihi debes centum dare spondes? spondeo! Die alte Obligation iſt nulla, denn von dieſem einen pretium aus dieſem Kaufe war die Rede; das kann nur einmal geſchuldet werden, wird es aus dieſer stipulatio geſchuldet, ſo wird es eben nicht mehr ex empto geſchuldet. In specie wird die causa immer eine neue; denn wenn auch die alte obligatio ex stipulatu war, ſo iſt doch dieſe stipulatio eine andere als jene alte.

b) Die Leiſtung kann unter denſelben Perſonen auch dem Inhalt nach eine andere werden, indem dieſelbe vergrößert, verkleinert wird, Termine hinzugefügt und hinweggenommen werden. Auch Bedingungen können hinweggenommen oder hinzugefügt werden. In der letztern Bezie-

*) L. 31 § 1 D. h. t. (46, 2). „Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum judicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem; ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specialiter agit, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus.“

hung iſt genau auf die Abſicht zu ſehen. Mitunter, wo es die Abſicht iſt, die bedingte Schuld in eine unbedingte zu verwandeln, iſt ſogleich und unbedingt mit der stipulatio eine neue Obligation vorhanden. — Wenn aber bei einer bedingten Obligation die Abſicht bloß war, die causa zu noviren, die Leiſtung dem Inhalt nach beim Alten zu laſſen, ſo iſt die novatio, die nova obligatio ex stipulatu erſt da, wenn der Eintritt der Bedingung die alte wirklich macht; denn es kann keine novatio ſein ohne eine wirkliche prior obligatio, z. B. Quae ex testamento patris mihi debes centum ea condicione, si navis ex Asia venerit, dare mihi spondes?*) Hier war die Abſicht, daß das Was und Wie, wenn es geſchuldet werde, nicht ex legato, ſondern ex stipulatu, verbis geſchuldet werden ſolle. War hingegen die alte Obligation nur eine betagte, ſo iſt, ſo gewiß eine alte Obligation vorhanden war, (denn die betagte iſt eine gewiſſe, nur noch nicht exigible) mit der stipulatio ſofort eine neue vorhanden;**) für die Frage, ob ſie ſofort exigibel, iſt nach der obigen Unterſcheidung darauf zu ſehen, ob es Wort und Abſicht der stipulatio war, nicht bloß die causa, ſondern auch die Leiſtung dahin zu ändern, daß Statt bisher sub die, jetzt sine die, praesenti die geſchuldet werden ſollte, oder ob bloß die prior causa, z. B. venditi, mutui, legati geändert werden ſollte. Auch die novatio kann unter Bedingungen, oder sub die geſchehen.***)

---

*) L. 8 § 1 D. h. t. (46, 2). „Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta, et hoc actum, ut novetur, fiet novatio; si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim; si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit.“

**) L. 5 D. h. t. (46, 2). „In diem obligatio novari potest et priusquam dies advenerit. Et generaliter constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit.“

***) L. 8 § 1 D. h. t. (46, 2). „Nam et alias, qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, quum certum sit, diem quandoque venturum, at qui sub condi-

c) Es kann der debitor novirt werden, ſo daß, einerlei ob nebenher auch die Leiſtung novirt wird, das, was Titius dem Sejus ſchuldete, Sempronius dem Sejus zu ſchulden stipulatu promittirt. Weil dieſe ſelbige eine Schuld nur Einer ſchulden kann, ſo iſt in dem Augenblick, wo Sempronius ſie ſchuldig wird, Titius ipso jure liberirt. Dieſe novatio heißt, wenn Sempronius ſich ohne Auftrag*) des Titius dem Sejus obligirte, insbeſondere expromissio, wenn im Auftrag deſſelben, delegatio.**)

d) Der creditor kann ein neuer werden, wenn Titius das, was er dem Sejus ſchuldete, dem Gajus zu ſchulden promittirt. Auch hier iſt er vom Sejus ipso jure liberirt; denn er kann dieſe ſelbigen 100 nur Einem ſchulden. Auch dieſes heißt delegatio. Sejus delegirt ſeinen Schuldner Titius dem Gajus, wie dort der Schuldner Titius den neuen Schuldner Sempronius dem Sejus delegirte. Es iſt einleuchtend, daß, da Niemand wider Willen Schuldner werden kann, keine Novation ohne Einwilligung des neuen Schuldners***) geſchehen kann, daß, da Niemand ohne ſeinen Willen ſeinen Schuldner verlieren kann, keine Novation ohne Einwilligung des alten†) Creditor geſchehen kann. Aber dennoch muß auf die Frage:

---

tione stipulatur, non statim novat, nisi conditio extiterit."

L. 14 pr. D. h. t. (46, 2). „Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, quum conditio extiterit."

*) L. 8 § 5 D. h. t. (46, 2). „Liberat autem me is, qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim."

**) L. 11 pr. D. h. t. (46, 2). „Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit."

***) L. 1 pr. C. de novat. et deleg. (8, 42). „Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, jure perfici non potest."

†) L. 8 § 5 D. h. t. (46, 2). „Non tamen, si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur."

2) Wie geſchieht eine Novation? geſagt werden, daß immer, nicht bloß, wo die Perſonen dieſelben bleiben, und nur causa oder Leiſtung novirt wird, ſondern auch bei der expromissio und delegatio in beiderlei Bedeutung die novatio ſelbſt nur durch eine einzige stipulatio geſchieht, indem derjenige, welcher in der neuen Obligation Creditor werden ſoll, den, welcher in der neuen Obligation Debitor werden ſoll, fragt, stipulatur, und dieſer antwortet, spondet, promittit. Bei der eigentlichen expromissio iſt die Zulänglichkeit der einen stipulatio einleuchtend; aber auch bei der paſſiven und activen delegatio iſt, da eine obligatio nur eine causa haben kann, nur eine stipulatio erforderlich und möglich; denn die Vereinbarungen zur Vornahme einer paſſiven und activen delegatio zwiſchen den betheiligten Perſonen geſchehen als Mandate nudo consensu, nicht bloß ausdrücklich, ſondern oft ſelbſt ſtillſchweigend.*)

3) Wann novirt eine auf eine vorhandene obligatio ſich beziehende stipulatio dieſe? Hier iſt zu merken, daß das lediglich auf die Abſicht**) ankommt. Gewiß iſt zwar, daß man nur durch verba noviren kann, aber nicht gewiß, daß man das immer will. Es kommt darauf an, ob man der Abſicht nach wirklich dieſe Schuld, dieſe causa, dieſen debitor dieſes, dieſen creditor dieſes aus dieſer obligatio in die stipulatio begreift; dann muß novirt werden, denn es kann nicht dieſes Eine hier in der neuen und dort in der alten zugleich ſein; oder ob man nur ein Solches, wie Jenes in jener obligatio, alſo nicht in specie, ſondern nur in

*) L. 17 D. h. t. (46, 2). „Delegare scriptura, vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest."

**) L. 8 § 5 D. h. t. (46, 2). „Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est; quid enim interest, ipsa, an alius quilibet promittat? Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur."

genere Daſſelbe, nicht Dieſes, nur Solches meinte, ob die alte obligatio einer neuen nicht den Inhalt, ſondern nur den Maaßſtab geben ſoll. Im letztern Falle bleibt die alte obligatio unverſehrt, und es entſteht entweder unter denſelben, oder unter anderen Perſonen, eine neue*) neben derſelben. Bei weitem am häufigſten erhellt dieſe Abſicht des Einen oder des Andern aus ausdrücklichen Vereinbarungen. Die Jurisprudenz aber nahm auch ohne ſolche eine Menge von ſtillſchweigenden und präſumirten Abſichten zu noviren an, namentlich aus der Wortfaſſung und aus den Frageworten der Stipulationen. Wer z. B. fragte: Quod mihi Titius debet, fide tua jubes,**) fide promittis? d. i. ſagſt du gut? der ſchien nicht noviren, ſondern einen neuen Schuldner derſelben Schuld, einen Correalſchuldner erwerben zu wollen. Eben ſo konnte ein neuer Gläubiger zum alten hinzutreten. (Beides könnte man noch eine novatio nennen, grade nach ſtreng römiſchem Begriff, denn eine Correalobligation iſt eine abſolut andere, als die ſolitäre). Aber es konnte auch die Abſicht ſein, eine ganz neue ſolitäre neben der alten zu gründen. Z. B. Jemanden, der in der Laune zu verſchenken eben eine Summe an Titius zu ſchenken verſprochen, frägt Sejus nach vorgängigen Reden, die über ſeine Meinung, eine gleiche Liberalität zu genießen, keinen Zweifel laſſen: Quantam pecuniam Titio dare promisisti, mihi dare spondes? Die Umſtände ſuppliren hier das quoque, etiam, et vor mihi, deſſen ausdrückliche Zufügung auch secundum merum tenorem stipulationis alles deutlich gemacht hätte.

In dieſer Beziehung hat nun Juſtinian eine wichtige Aenderung der Novation nicht eingeführt, ſondern ſeiner Meinung

---

*) L. 8 § 3 D. h. t. (46, 2). „Idem Celsus ait, judicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari; merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut fidejussoribus cautum sit, non ut ab obligatione judicati discedatur."

**) L. 6 pr. D. h. t. (46, 2). „Si ita fuero stipulatus: quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fidejubes, non fit novatio, quia non hoc agitur, ut novetur."

nach wenigſtens nur ausgeſprochen; eine Verfügung, die in Uebereinſtimmung mit mancher anderen das Verhältniß der Schuldner ex stricto jure betreffenden zu Gunſten der Gläubiger gegeben iſt. *)

Juſtinian ſagt, der gefährliche Wuſt von ſtillſchweigenden und präſumtiven Novationen, novationes ex lege, ſolle aufgehoben ſein, es ſolle niemals, wo an einer beſtehenden Obligation eine Aenderung oder Modification vorgenommen wird, dadurch (und daß es dadurch geſchehen, iſt die alte Novationsvorſtellung) die ganze alte Obligation vernichtet ſein, ſondern ſolle von der alten Alles, was nicht ausdrücklich geändert ſei, ſtehen bleiben und das Neue hinzukommen, und zwar, weil jeder Gläubiger ſich das ſo denke, ſo lange er nicht ausdrücklich das Gegentheil ſagt. Und das iſt es, was Juſtinian meint, wenn er ſagt, daß das in der Natur der Sache liege und nicht willkührlich derſelben aufgedrungen werde; und darin hat Juſtinian für ſeine Zeit Recht. Denn es war damals 1) der Sache nach innerlich nicht mehr jene alte ſtricte Vorſtellung von der abſoluten Individualität und Integrität der Obligation geläufig, ſondern man behandelte ſie in der That und Abſicht als rei-

*) L. 8 C. de novat. et deleg. (8, 42). „Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem iuniorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes, nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνοβατεύτως dicunt, causa procedat; hoc enim naturaliter inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.“

nes Ding, als Sache, als Veräußerliches und Theilbares, das durch Veräußerung und Theilung nicht aufgehoben wird, und der wahren Abſicht ſoll das strictum jus nicht präjudiciren. 2) Was die Form betrifft, ſo war die stipulatio objectiv nicht mehr ein formell Beſtimmtes, Selbſtſtändiges, und lebte auch im juriſtiſchen Bewußtſein nicht mehr als eine propria und potior causa, es war mit andern Worten ſo wenig formell als materiell strictum jus der obligatio mehr vorhanden. Die stipulatio war nur ein perſönlich, mündlich, ausdrücklich gegebener Conſens. Dieſer Conſens ohne beſtimmte Form aber iſt nur erkennbar und daſeiend durch einen beſtimmten Inhalt, und iſt nicht weiter als dieſer. Die, welche conſentiren, daß etwas ſein ſoll, was nicht da iſt, conſentiren damit nicht, daß etwas nicht mehr da ſein ſolle, was da iſt. Eine novatio im alten Sinne, das iſt, daß das Entſtehen einer neuen aus einem Theil der alten, die alte aufhebt, giebt es nicht mehr, weil es die dieſen Erfolg bedingende materielle Anſchauung und formellen Mittel nicht mehr giebt. Novation oder eine Neuerung, durch welche die alte Obligation auch in den nicht unmittelbar und ausdrücklich novirten Theilen hinfällig werden ſoll, erfordert immer einen neben der Neuerung hergehenden Conſens, der auf dieſe Vernichtung direct gerichtet iſt.

Dieſe Verfügung iſt zu Gunſten des Gläubigers einer vorhandenen Obligation und aequa lance in Uebereinſtimmung mit der gleichfalls in der Abſicht und Natur des neueren Rechts gelegenen Begünſtigungen für die Schuldner einer entſtehenden Obligation.

Nach älterm ſtrictem Recht haftete Jeder, der das, was ein Anderer ſchuldete, zu ſchulden verſprach, entweder, weil eine novatio angenommen wurde, alleine, oder, wenn er ſich neben ihm verpflichtete, auf gleiche Weiſe, principaliter und in solidum. Jetzt wird hier zum Vortheil des alten Gläubigers niemals eine ſtillſchweigende Novation und alſo Liberation des alten Schuldners angenommen. Zum Vortheil des neuen Schuldners, der zu einem alten hinzutritt, wird ipso jure angenommen, daß er nur in sudsidium haften

wolle, ſo lange nicht ausdrücklich das Gegentheil geſagt iſt.*) Wenn Mehrere auf einmal daſſelbe verſprechen, ſo gelten ſie nach altem Rechte ipso jure als correi und haben durch Hadrian nur das beneficium vorläufiger Theilung; nach Juſtinianiſchem Recht ſind mehrere Schuldner einer Summe ipso jure nur die Rate ſchuldig, wenn ſie nicht ausdrücklich in solidum zu haften übernahmen. Auch wo ſie das thaten, aber behalten ſie das beneficium der Theilung.**) Es iſt die richtige Handhabung der richtigen Präſumtionen, daß der Gläubiger ſein Recht ſo weit wie möglich, der Schuldner ſeine Pflicht ſo eng wie möglich meint. Der Gläubiger giebt niemals ſtillſchweigend auf, der Schuldner übernimmt niemals ſtillſchweigend.

II. Gründe, durch welche die Forderung unwirkſam wird; Obligatio per exceptionem nulla.

§ 71.

A. Veräußerung, Ceſſion der Forderung; Venditio nominis, actionis.

Wiewohl das ältere Recht in Folge ſeines ſtrengen Begriffs von der unlösbaren Haftung der Obligation an den beſtimmten beiden Perſonen eine Veräußerung eines Forderungsrechts für unmöglich halten mußte, ſo wußte es doch den practiſchen Erfolg ſolcher Veräußerung nicht bloß durch Novation, d. i. delegatio, zu erreichen, ſondern auch außerdem noch durch das mandatum ad agendum. Die Delegation nämlich reichte nicht immer aus, z. B. ſchon deshalb nicht, weil ſie nicht wider Willen des Debitors geſchehen konnte. Titius konnte ſeine Forderung gegen Sejus dem Sempronius durch Novation nicht anders übertragen, als wenn Sejus auf die Stipulation des Sempronius promittirte, wozu er durch nichts gezwungen werden, und das zu verweigern er häufig ein Intereſſe haben konnte.

*) Nov. 4 c. 1.

**) Nov. 99 c. 1. Vgl. § 23 pag. 371. 372.

Die Novation konnte ferner, auch wenn Sejus einverſtanden war, nicht anders geſchehen, als wenn Sejus und Sempronius beide anweſend waren, oder einen filius oder servus zur Vornahme der stipulatio ſchicken konnten. Für ſolche Fälle konnte denn jenes mandatum ad agendum helfen. Das früh vorhandene, oft unabweisbare Bedürfniß nämlich gewöhnte allmählig daran, keinen Widerſpruch gegen die abſolute Eigenthümlichkeit einer Forderung darin zu finden, daß der Gläubiger ſich in der exactio, in der bloßen Ausübung ſeines Forderungsrechtes im Proceſſe durch einen Andern vertreten laſſe. Nicht dies Forderungsrecht, d. i. die Klage (actio), wurde mandirt, denn als Innehaber des Forderungsrechts war eben die Perſon unvertretbar, ſondern nur das Fordern, Klagen (agere) konnte ſpäter durch Stellvertreter verrichtet werden.*) Im eigentlich civilen Proceß jedoch, d. h. wenn legitimo judicio, mit einer formula in jus concepta geſtritten wurde,**) konnte gewiß die Einlaſſung des Beklagten mit dem cognitor oder procurator nicht erzwungen werden, denn hier geſchah durch die Einlaſſung eine wahre Novation. Im ſpätern Proceß konnte

---

*) Gaj. IV, 82. 83. 84. „Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno, alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio; cum olim, quamdiu . . . . . . legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, (nisi) pro populo et libertatis causa. § 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur; nam actor ita cognitorem dat: Quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do; adversarius ita: Quando tu a me fundum petis, in eam rem Publium Maevium cognitorem do. § 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur, sed ex solo mandato, et absente, et ignorante adversario constituitur; quinetiam sunt, qui putant, vel eum procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum; igitur etsi non habeat mandatum, agere tamen posse, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur."

**) Gaj. IV. § 103 ff.

der Beklagte durchweg die Einlaſſung mit dem Stellvertreter nicht anders als aus beſondern Gründen verweigern, und geſchah auch eine eigentliche Novation durch die Streiteinlaſſung nicht mehr.*) So weit alſo eine Stellvertretung im Proceſſe möglich war, konnte durch dieſe der beabſichtigte Erfolg erreicht werden, wenn der Gläubiger dem Mandate beifügte, daß der Procurator das Erhobene für ſich behalten dürfe.

1) Wiewohl ein ſolches mandare, cedere, vendere actionem alſo practiſch zu demſelben Reſultat führte, als wenn der Gläubiger (cedens) dem Mandatar (cessionarius) ſeine Forderung gegen den Debitor (cessus) wirklich übertragen hätte, ſo mußte doch rein rechtlich faſt Alles ſo bleiben, als wenn davon Nichts geſchehen wäre, als wenn noch der alte Gläubiger und der alte Schuldner da wären.**) 2) Die Ceſſion ſelbſt als ein Mandat zwiſchen dem cedens und cessionarius geſchieht ohne alle Solennien. 3) Der Debitor aber braucht nicht einmal zu conſentiren,***) da ihm nichts Neues wi-

*) L. 11 § 1 D. de novat. (46, 2). „Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem."

L. 29 pr. D. eod. (46, 2). „Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt."

**) L. 3 C. de novat. (8, 42). „Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveras actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta jure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem voluntate novationis interposita, debito liberatus sis."

***) L. 1 C. de novat. (8, 42). „Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulanti promittente debitore, jure perfici non potest. Nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet."

verfährt; denn die Wirkung der Ceſſion, welche aber erſt von dem Augenblick,*) wo der Debitor die Dispoſition ſeines Gläubigers, die geſchehene Ceſſion durch dieſen erfahren hat, vorhanden iſt, iſt keine andere, als daß der Debitor nur das, was er dem Cedenten ſchuldet, dem Ceſſionar zahlen muß.

Die Ceſſion kann ihrem Begriffe nach in keiner Weiſe zum Nachtheil des Debitors ſein, und dieſem Grundſatz gemäß kann der Ceſſionar niemals in irgend einer Beziehung Mehr fordern, als der Cedent fordern konnte, und alſo auch niemals ſeine den Debitor beläſtigenden Privilegien ohne Willen und Schuld deſſelben geltend machen.

Wahr iſt es, daß der Fiscus als Ceſſionar ſeine Privilegien des geſetzlichen Pfandrechts und der fiscaliſchen Zinſen**) gegen den Ceſſus hat, aber er hat ſie nur mit dem Willen des Debitors, welcher durch ſofortige Zahlung einer unterminlichen Schuld beiden Beläſtigungen entgeht, oder bei Aufſchub der Zahlung ſie durch ſeine Schuld empfindet. War die Schuld aber mit einem Termine zu Gunſten des Schuldners, ſo wird der Debitor natürlich entweder mit der actio mandati von dem Cedenten unmittelbar, oder durch die exceptio doli ſchon gegen die fiscaliſche Klage Entſchädigung erhalten.

Nach demſelben Princip des bloßen Mandats muß der Debitor ohne Ausnahme alle ſeine Vertheidigungen, die er gegen den Cedenten ſelbſt gehabt hätte, behalten,

---

*) L. 3 C. de novat. (8, 42) cit.

**) L. 6 D. de jure fisci (49, 14). „Fiscus, quum in privati jus succedit, privati jure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur; ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur; et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est; puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est. § 1. Quodcunque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio, et Augustae habere solet.“

ſofern der Grund derſelben vor der Anzeige der Ceſſion vorhanden war. Die ſcheinbare Unbilligkeit, daß er der ſpäter entſtandenen ſich nicht bedienen darf, wird juriſtiſch dadurch ausgeglichen, daß er ſich der gegen den Ceſſionar auch nach der Ceſſion erworbenen unbedingt bedienen darf. Und auch dies iſt billig; denn da die practiſche Wahrheit der Sache die iſt, daß dieſer vollſtändig Herr und Subject der Forderung und des Proceſſes geworden iſt, ſo muß er auch vollſtändig Object der Vertheidigung ſein.

Die Ceſſion einer Klage konnte von jeher natürlich auch für Geld geſchehen. Wenn auf dieſe Weiſe eine Forderung, wie man ſagt, verkauft iſt, nomen venditum, actio vendita, ſo ſoll nach einer Vorſchrift des Kaiſers Anaſtaſius der Käufer nicht Mehr von der Forderung einklagen, als die Summe, welche er als pretium*) bezahlt hat.

Die Ceſſion iſt nicht immer freiwillig, ſondern kann auch rechtlich nothwendig ſein, cessio necessaria. Wo z. B. Einer das, was er mit einer Klage erreichen würde, dem Andern geben müßte, wo er die Klage bloß für den Andern hat, z. B. ein Mandatar für den Mandanten, negotiorum gestor für den dominus negotii, iſt er ſchuldig die Klage dieſem zu cediren. Wo Jemand das, was er mit einer Klage für ſich erreichen wollte, von einem Andern als dem Schuldner erhält, iſt er dieſem die Klage gegen ſeinen Schuldner zu cediren ſchuldig; ſo muß der Gläubiger dem Bürgen,**) der ihm zahlte, was er vom Hauptſchuldner zu fordern hatte, der Pupill dem Tutor cediren. Allenthalben, wo die Ceſſion nothwendig iſt, gilt ſie von dem Augenblick, von wo an ſie das war, als ipso jure geſchehen, und es bedarf keiner Klage auf ſolche Ceſſion,

---

*) L. 22. 23 C. mandati (4, 35).

**) L. 41 § 1 D. de fidejussor. (46. 1). „Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, quum judicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui item mandaverunt, actiones sibi mandentur.“

L. 36 eod. (46, 1).

ſondern nur aus einer ſolchen, etwa auf Auslieferung der zur Klaganſtellung erforderlichen Documente ꝛc. Das iſt es, was häufig auf Ceſſion klagen genannt wird.

Für die Frage, ob der Cedens für die Güte der Forderung, Solvenz des Ceſſus, nomen bonum, oder nur für die juriſtiſche Exiſtenz, nomen verum, oder für keines von beiden hafte, iſt Grund und Abſicht der Ceſſion zu unterſcheiden.*)

Die Wirkung der Ceſſion von dem Augenblick der geſchehenen Anzeige iſt für den Cedenten die, daß ihm die Forderung inutilis, inefficax durch die exceptio doli iſt, ſie wird aber nicht als vernichtet, als nulla angeſehen. So feſt war das alte Vorurtheil, daß die Forderung und Schuld eine unveräußerliche Eigenſchaft der Perſonen ſei. Nach dem ausgebildeten Begriff der obligatio, nach welchem die in derſelben enthaltene Leiſtung durchaus Vermögen, Sache iſt, welche zu der eigentlichen Perſon des Gläubigers in ihrer Individualität und Innerlichkeit nicht anders ſteht, als eine in ſeinem Eigenthum befindliche, alſo veräußerliche Sache, hätte ſie als frei veräußerlich, und durch Veräußerung, d. i. Ceſſion, als ipso jure vernichtet, der Ceſſionar nicht bloß als procurator, ſondern als successor gelten müſſen. Dem Effecte nach iſt der Inhalt derjenigen obligatio, welcher rechtes Vermögen betrifft, durchaus veräußerlich, und grade weil ſie es dem vollſtändigen Effect nach iſt, ſo hätte ſie auch

*) L. 4 D. de hered. vel act. vend. (18, 4). „Si nomen sit distractum, Celsus libro nono Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestare; debitorem autem esse, praestare, nisi aliud convenit.“

L. 31 pr. D. de act. emt. (19, 1). „Si ea res, quam ex emto praestare debebam, vi mihi ademta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen proprius est, ut nihil amplius, quam actiones persequendae ejus praestari a me emtori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit; actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut omne lucrum ac dispendium te sequatur.“

dem Namen nach ſein und de jure als ſolche anerkannt werden müſſen, wie das effectiv vollſtändige Eigenthum, in bonis, als das juriſtiſche Eigenthum ausdrücklich anerkannt wurde.

§ 72.
B. Pactum de non petendo.

Das iſt die formloſe Uebereinkunft des Gläubigers mit dem Schuldner, nicht fordern zu wollen, welche dem Schuldner immer eine exceptio pacti, doli gegen die in Widerſpruch mit der Uebereinkunft erhobene Forderung ſichert. Dieſe Wirkung wird in der Regel nur Statt haben zwiſchen den paciscirenden Perſonen und deren Erben; wo nämlich die Meinung war, daß der Gläubiger von dem Schuldner nicht fordern wolle, in welchem Falle freilich der Bürge des Schuldners in der Regel auch liberirt werden wird. Wenn aber die Abſicht des pactum ausdrücklich oder ſtillſchweigend dahin ging, daß die Schuld überhaupt nicht gefordert werden ſolle, ne omnino peteretur, si in rem pactum sit, ſo muß der Vertrag allen Betheiligten nützlich ſein.*) Wie denn umgekehrt das pactum in personam auch ſo ſtrenge auf die Paciscenten beſchränkt werden kann, daß es nicht einmal deren Erben berechtigt oder verpflichtet.

In gewiſſen Fällen, z. B. da, wo nudo consensu civiliter contrahirt werden kann, kann nuda conventione auch ipso jure liberirt werden.**)

§ 73.
C. Concursus causarum lucrativarum.

Wenn Jemand eine und dieſelbe ſpecielle Sache aus zwei lucrativen Gründen, ſei es von derſelben Perſon oder

*) L. 57 § 1 D. de pact. (2, 14). „Si ex altera parte in rem, ex altera in personam pactum conceptum fuerit, veluti ne ego petam, vel ne a te petatur, heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus.“

**) L. 27 § 2 D. de pact. (2, 14).

von verſchiedenen Perſonen, fordern kann, ſo iſt, ſobald er dieſe Sache aus dem einen Grunde erhalten hat, die Forderung aus dem andern unwirkſam.*) Denn die Abſicht einer Liberalität, wie Schenkung, Vermächtniß iſt in der Regel nur, daß der Begünſtigte die Sache lieber haben ſoll, als der Schenker ſie behalten oder ſie einem Andern laſſen will. Der Schenker will dem Beſchenkten die Sache überlaſſen, aber nicht geben und verſchaffen. Deshalb iſt zu ihrer Wirkſamkeit erforderlich, daß dieſer die Sache nicht ſchon habe, und daß der Schenker ſie vorher hatte. Er haftet daher nicht wegen Eviction. Wer aus einem andern Grunde eine Sache wirklich ſchuldet d. h. geben ſoll, alſo wegen Eviction haftet, alſo den Werth ſchuldet, muß, wenn er nicht die Sache in natura leiſtet, den Werth leiſten.**)

---

*) L. 17 D. de O. et A. (44, 7). „Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, quum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset.“

**) L. 18 D. de O. et A. (44, 7). „Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem; et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret.“

L. 10 D. de act. emt. (19, 1). „Non est novum, ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant; quum enim is, qui venditorem obligatum habebat, ei, qui eundem venditorem obligatum habebat, heres extiterit, constat, duas esse actiones in ejusdem persona concurrentes, propriam et hereditariam, et debere heredem institutum, si velit separatim duarum actionum commodo uti, ante aditam hereditatem proprium venditorem convenire, deinde adita hereditate hereditarium; quodsi prius adierit hereditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. Ex contrario quoque si venditor venditori heres extiterit, palam est, duas evictiones eum praestare debere.“

§ 74.

D. Res judicata.

Wenn durch ein rechtskräftiges Urtheil eine Forderung aberkannt war, ſo war dieſelbe im älteſten Rechte dadurch nulla, ſpäter blieb in gewiſſen Proceſſen, nämlich in den legitimis judiciis, in welchen mit einer formula in jus concepta geſtritten wurde, dies alte Recht, in den übrigen aber wurde durch die freiſprechende res judicata dem Beklagten nur eine Einrede*) gegen die noch nicht vernichtete Forderung, die exceptio rei judicatae, zu Theil. Dieſe Wirkung der res judicata iſt im neuſten Recht, ſeitdem es keine legitima judicia mehr giebt, die allgemeine, und dem Effect nach iſt die Einrede ſo wirkſam, wie die Nullität des alten Rechts d. h. die abgeurtheilte Forderung iſt ganz inanis, inefficax, inutilis, und auch nicht einmal naturaliter vorhanden, ſo daß alle Acceſſionen, Bürgen, Pfänder liberirt ſind, und die Forderung auch nicht einmal zur exceptio vom Gläubiger mehr benutzt werden kann.**) Dem widerſpricht es nicht, daß der durch res judicata liberirte Schuldner das, was er vor***)

---

*) Gaj. IV, 106. 107. 108.

**) L. 56 D. de re jud. (42, 1). „Post rem judicatam vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quaeritur post Orationem Divi Marci, quia in jure confessi pro judicatis habentur.“

L. 13 D. quib. mod. pign. (20, 6). „Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset; nam et si a judice, quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.“

***) L. 8 § 1 D. ratam rem haberi (46, 8). „Si procurator a debitore pecuniam exegerit, et satisdederit, dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit, et litem amiserit, committi stipulationem; et si procurator eandem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. Sed quum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici, dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.“

dem Proceſſe während *) deſſelben, oder nach **) demſelben das abſolutoriſche Urtheil kennend, bezahlte, nicht als ein indebitum condiciren kann, ſondern als ein naturale debitum dem Gläubiger laſſen muß. Die naturale Verbindlichkeit, welche bleibt und ihn dazu verpflichtet, iſt nicht ein residuum der aberkannten Forderung, ſondern erſt entſtanden aus der hier durch die That der Zahlung ausgeſprochenen Abſicht, ohne Rückſicht auf die res judicata zahlen zu wollen. Da hier zugleich mit der naturaliter obligirenden Abſicht die wirkliche Zahlung erfolgt iſt, ſo braucht und hat der naturale Gläubiger kein anderes Schutzmittel, als die Retention oder exceptio doli gegen eine etwanige condictio. Wäre aber die Abſicht zu bezahlen, ohne ſofortige Erfüllung durch wirkliche Zahlung, durch ein pactum nudum auch bloß ausgeſprochen, ſo würde dem naturalen Gläubiger allerdings auch eine exceptio compensationis nöthig und zuſtändig ſein.

Viertes Capitel.

Actionenrecht.

§ 75.

Begriff des Actionenrechts und des Proceſſes.

Das Wort actio hat dreierlei Bedeutung. Es bezeichnet zuerſt ein Recht im ſubjectiven Sinn, eine Befugniß, welche, wenn ſie geſtört werden ſollte, ſich durch Klage wird ver-

---

*) L. 60 pr. D. de cond. indeb. (12, 6). „Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet, similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.“

**) L. 28 D. de cond. indeb. (12, 6). „Judex si male absolvit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.“

theidigen können, alſo die eventuelle Möglichkeit einer Klage.

Actio bezeichnet ferner eine wirklich verletzte Befugniß im obigen Sinn, alſo ein wirkliches gegenwärtiges Recht zu klagen gegen die beſtimmte verletzende Perſon.

Endlich iſt actio die wirkliche Ausübung der actio im zweiten Sinn, des wirklichen Rechtes zum Klagen, oder das Klagen, agere, litigare, lis, judicium. Es iſt einleuchtend, daß hier eigentlich ein Gegenſtand in drei verſchiedenen Stadien ſeiner Erſcheinung durch einen Namen bezeichnet wird, und daß jedes einzelne dieſer drei Stadien die andern beiden entweder als wirkliche Vorausſetzung oder als mögliche Folge in ſich enthält.

Die Lehre von der actio im erſten Sinne oder von den einzelnen Rechten im unverletzten Zuſtande giebt das in Beziehung auf das Vermögen bereits abgehandelte Syſtem der einzelnen Privatrechte.

Die Lehre von der actio im zweiten Sinne bildet das Actionenrecht, welches demnach definirt werden kann als der Inbegriff der Normen darüber, welche Modificationen die Rechte im Falle der Verletzung erleiden, oder zu was ſich ein Rechtsanſpruch durch Verletzung geſtaltet und verwandelt. Es laſſen ſich in dieſer Beziehung allgemeine, allen Rechten oder ganzen Claſſen von Rechten im Falle ihrer Verletzung gemeinſame, Wirkungen von beſonderen, nur gewiſſen einzelnen Rechten eigenthümlichen Wirkungen unterſcheiden. Die letzteren ergeben das beſondere Actionenrecht oder die einzelnen Klagerechte, welche in unmittelbarer Verbindung mit den einzelnen Rechten im Syſtem dieſer abgehandelt wurden, und ferner abgehandelt werden. Die erſtern bilden den Inhalt des hier abzuhandelnden allgemeinen Actionenrechts, welches nicht bloß als Anhang, ſondern ſelbſt als Theil des Obligationenrechts deshalb betrachtet werden kann, weil jede actio in dieſem zweiten Sinne d. h. jedes wirklich verletzte Recht wirklich eine Forderung, obligatio

iſt.*) Das ſchon urſprünglich perſönliche Recht verliert dieſen Character durch die Verletzung des Schuldners nicht, das urſprüngliche dingliche Recht aber, ſobald es von einer Perſon verletzt iſt, verwandelt ſich nach neuerm Recht in eine wahre Forderung gegen dieſe, des Inhalts, daß ſie den von ihr Verletzten in den Zuſtand vollkommner Schadloſigkeit verſetze.

Der Proceß handelt von der actio in der dritten Bedeutung, von dem Verfahren, oder Wo und Wie Einer das, was er fordern kann, fordert und bekommt. Das, was die Römiſchen Juriſten mit der Benennung jus, quod ad actiones pertinet, bezeichnen,**) iſt vorzugsweiſe das, was wir Proceß nennen. Daß dieſelben der Abhandlung dieſes Abſchnittes Manches einmiſchen, was nach unſerm Syſteme in das Actionenrecht gehören würde, erklärt und rechtfertigt der unmittelbare innere Zuſammenhang des Actionenrechts und des Proceſſes.

§ 76.

Verſchiedene Arten der Klagerechte.

1) In rem actiones, in personam actiones. Dieſe Eintheilung, welche von den Aeltern auch mit vindicationes et condictiones bezeichnet wird, umfaßt und unterſcheidet alle Klagerechte, ſo daß alſo jede Klage zu der einen oder andern Claſſe gehört.***)

---

*) L. 51 D. de O. et A (44, 7). „Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.“

**) Gaj. I. 8. „Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.“

***) § 1 I. de act. (4, 6). „Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur; aut enim in rem sunt, aut in personam.

§ 2. 3. 4. I. h. t. (4, 6).

L. 25 pr. D. de O. et A. (44, 7). „Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per

a) In rem actio iſt die Klage aus einem dinglichen, das iſt einem unmittelbaren Rechte an einem körperlichen oder unkörperlichen Gegenſtande, oder es iſt ein verletztes dingliches Recht, oder der Anſpruch gegen die, ein dingliches Recht durch wirklichen oder fingirten Beſitz oder Quaſibeſitz, oder unbeikommenden Anſpruch auf einen ſolchen verletzende, Perſon, possessor im weiteſten Sinne. Ein wirkliches gegenwärtiges Klagerecht aus dem dinglichen Recht kann allezeit nur gegen eine einzige beſtimmte Perſon Statt finden, da nur Einer possessor ſein kann. Nimmt man die actio in rem, nach der erſten Bedeutung von actio, ſynonym mit dinglichem Recht im ſubjectiven Sinn, als die eventuelle Möglichkeit zu klagen, ſo iſt actio in rem ein gegen jede Perſon als möglichen Verletzer, zuſtändiges, künftig mögliches Klagerecht.

b) In personam actio iſt die Klage aus einem perſönlichen, mittelbaren, einem Forderungsrechte, oder ein verletztes Forderungsrecht, obligatio, oder der Anſpruch gegen den nicht erfüllenden Debitor. Das perſönliche Klagerecht findet auch als eventuelles, mögliches, nur gegen eine beſtimmte Perſon Statt; nur eine Perſon kann der Nichterfüllung ſchuldig werden, weil nur eine die Erfüllung ſchuldet.

Da die Begriffe vom dinglichen und perſönlichem Rechte und Klagerechte ſich als einander abſolut ausſchließende Gegenſätze verhalten, da, wenn auch nicht vollſtändig, doch richtig definirt werden kann, daß ein dingliches Recht ein nicht perſönliches, ein perſönliches ein nichtdingliches ſei, ſo kann es kein Recht oder Klagerecht geben, welches aus dieſen beiden unvereinbaren Qualitäten gemiſcht wäre.

---

quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est, qui rem possidet. In personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum; et semper adversus eundem locum habet. Gaj. IV, 1. 2. 3. 4. 5.

Den Schein ſolcher Miſchung haben die judicia divisoria*) und die actiones in rem scriptae, welche aber in der That beide rein perſönliche Klagerechte ſind.

α) Die Theilungsklagen, communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum, die, weil aus ihnen nur gegen die beſtimmte Perſon des condominus, coheres, vicinus die Forderung reell zu theilen oder die Gränze zu beſtimmen erhoben werden kann, rein perſönlich**) ſind, ſcheinen zugleich dinglich, weil dieſe Forderung nur erhoben werden kann von dem, welcher zugleich ein dingliches Recht, Eigenthum oder Erbrecht behauptet, und im Falle des Widerſpruchs beweiſet. Wo in dem Verfahren communi dividundo etc. das demſelben präjudicirende dingliche Recht wirklich zugleich ventilirt wird, da iſt allerdings ein gemiſchtes Verfahren, Prozeß, actio im dritten Sinn, über zwei Klagerechte, von denen das eine rein dinglich, in rem, das andre das Forderungsrecht der Theilung eben ſo rein perſönlich iſt.

β) Die actiones personales in rem scriptae z. B. quod metus causa actio,***) ad exhibendum, aquae pluviae

---

*) § 20. I. de act. (4, 6). „Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adjudicare; et si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare."

**) L. 1 D. fin. regund. (10, 1) „Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est."

***) L. 9 § 8 D. quod metus causa (4, 2). „Quum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coërceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, non immerito Julianus a Marcello notatus est scribens, si fidejussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fide-

arcendae, noxales actiones ſcheinen dingliche zu ſein, weil ſie wie die dinglichen gegen jeden möglich ſcheinen; denn der iſt in der quod metus causa Beklagter, welcher die gewaltſam entwundene Sache beſitzt, und auf gleiche Weiſe wird in den übrigen Einer durch das Beſitzen Beklagter. In Wahrheit iſt jedoch die Klage zu allen Zeiten nur gegen den Einen möglich, welcher durch das Beſitzen ſchuldig wird zur Auslieferung, und gegen dieſen Einen wirkſam, wenn er die ſchuldige Herausgabe zu erfüllen verweigert. Am einleuchtendſten iſt die rein perſönliche oder nicht dingliche Beſchaffenheit der Klage daraus, daß der Kläger niemals ein dingliches Recht an dem vom Beklagten beſeſſenen Gegenſtande anzuſprechen braucht,*) in der Regel, wie z. B. bei den noxales actiones oder bei der aquae pluviae arcendae actio, nicht einmal anſprechen kann.

2) Rei persecutionem continentes actiones, poenales actiones.**) Perſecutoriſche Klagen ſind diejenigen, durch

---

jussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, quum in rem sit scripta.

*) L. 3 § 1 D. ad exhib. (10, 4). „Qui ad exhibendum agit, non utique se dominum dicit, nec debet ostendere, quum multae sint causae ad exhibendum agendi.“

L. 3 § 3 D. ad exhib. (10, 4). „Est autem personalis haec actio.“

L. 3 § 15 D. ad exhib. (10, 4). „Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum.“

**) §. 16. 17. 18. 19 I. de act. (4, 6). „Sequens illa divisio est, quod quaedam actiones rei persequendae gratia comparatae sunt, quaedam poenae persequendae, quaedam mixtae sunt. § 17. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, eae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur, veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex emto vendito, locato conducto; plane si depositi agatur

welche der Kläger nur Schadloſigkeit erzielt. Dahin gehören z. B. alle dinglichen Klagen, alle Klagen auf Erfüllung von Verträgen, auf Erſatz wegen Nichterfüllung. Pönalklagen ſind diejenigen, durch welche der Kläger den Beklagten zur Strafe wegen einer gegen ihn begangenen widerrechtlichen Handlung um ein Geldquantum kürzen will, welches er zu ſeiner Genugthuung behält. Dahin gehört die actio furti. Mixtae actiones ſind diejenigen, die außer der Entſchädigung zugleich eine poenae persecutio enthalten z. B. vi bonorum raptorum, de rationibus distrahendis.

3) Directae, utiles, in factum actiones, interdicta.

a) Directa actio heißt ein Klagerecht dann, wenn es genau die Geſtaltung hat, welche die Rechtsquelle, aus welcher daſſelbe zuſteht, fordert, wenn der Fall in allen Beziehungen ſo beſchaffen iſt, wie ihn die mens*) legis fordert.

---

eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem Praetor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum herede ejus ex dolo ipsius agetur; quo casu mixta est actio. § 18. Ex maleficiis vero proditae actiones aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae, quam rei persequendae, et ob id mixtae sunt. Poenam tantum persequitur quis actione furti, sive enim manifesti agatur quadrupli, sive nec manifesti dupli, de sola poena agitur. Nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei. § 19. Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur; poena autem tripli est. Sed et legis Aquiliae actio de damno injuriae mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit; veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo in eo anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem."

*) Vgl. § 37 pag. 162. 163.

b) Utilis actio heißt dasjenige Klagerecht, bei welchem zwar nicht die vollſtändige mens legis zutrifft, welchem aber doch der Schutz und die Klage aus dieſem Geſetze geſtattet, hülfreich ſein muß, weil der juriſtiſche Grund, die ratio legis,*) der Grund vorhanden iſt, auf welchen hin allein dem in der mens legis enthaltenen Fall die Folge der beſtimmten Klage zuerkannt wurde. Es wird hier angenommen oder ſo behandelt, als wenn die beſondere Geſtaltung der mens legis da wäre, weil das Weſen der mens vorhanden iſt; darum auch fictitia actio genannt.**) Das, was alſo fingirt wird, iſt dasjenige, auf deſſen Daſein im Sinne des Rechts nichts ankommt.

c) Actio in factum iſt die Klage, die das Recht dem Falle zugeſtehen muß, welchem irgend eine benannte Klage auch nicht einmal utiliter zugeſtanden werden kann, weil auch für die volle Herſtellung der ratio legis Merkmale fehlen, welchem aber eine Klage zugeſtanden werden muß von gleichem

---

*) § 16 I. de lege Aquil. (4, 3). „Ceterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliqua corporis parte laesus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest, ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficit neque directa, neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri; veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.“

**) Gaj. IV, 34. 35. 36. 37. 38.

Erfolge, weil dazu hinlänglicher Grund vorhanden ſcheint, weil das Weſentliche der ratio legis da iſt.*)

Das Urtheil, wie weit die Anwendbarkeit eines Klageſchutzes ſich erſtrecke, quam late pateat actionis utilitas, iſt Hauptinhalt der juriſtiſchen Operation, und zwar der juriſtiſchen Operation auf der Stufe der Verſtändigkeit und des Raiſonnements. Daraus folgt einmal, daß dieſe Operation eine controverſe Natur, und in dieſer das Organ ihrer Weiterbildung haben wird, wie das die Dogmengeſchichte lehrt; ſodann aber auch, daß dieſelbe auf dem erſten natürlichen Standpunct der Jurisprudenz noch gar nicht vorhanden ſein kann. Und die Geſchichte zeigt unmittelbar, daß dem im älteſten Rom ſo war. Es konnte daſelbſt ſchlechthin nur ex mente und das hieß damals nur ex verbis legis und per verba legis geklagt werden, und es war dort nulla actio mehr, wohin dieſe nicht reichten. Das war freilich nicht ſo hart, wie es ſcheint; denn in der noch nicht verſtehenden, noch nicht verba, mens, ratio, unterſcheidenden Zeit beſitzen die Richter in dem unmittelbaren und tiefer empfundenen Worte in unmittelbarer Einfalt auch die mens und die ratio und

---

*) L. 1. 2. 3. 4. D. de praesc. verb. et in factum act. (19, 5). „Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam. § 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. § 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit; sed non exhibita fide in factum civilis subjicitur actio.

L. 2. — nam, quum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est,

L. 3. — in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt;

L. 4 — natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.“

greifen die Partheien, welche den Willen und Schutz des Geſetzes genießen wollen, unmittelbar nach den beſtimmten Worten deſſelben. Aber es giebt zwiſchen dieſen Extremen der ſich genügenden Einfalt und der genügenden verſtändigen Entwicklung, eine Mittelperiode der beginnenden ungenügenden Verſtändigkeit, in welcher der Gegenſatz eines beengenden strictum jus durch den Gegenſatz einer zuerſt als arbitrium erſcheinenden aequitas gemildert werden muß, welche Aushülfe nach der politiſchen Anſicht der Zeit in den Händen des Magiſtrats war. Allein dieſer verdanken auch die hier zu erwähnenden Interdicte ihren Urſprung.

d) Interdicta. Dieſe Rechtsmittel, welche ſchon für die claſſiſche Zeit nicht leicht in einer andern Beziehung durchgreifend von den eigentlichen actiones unterſchieden werden können, unterſcheiden ſich ihrem Urſprunge nach hiſtoriſch und dogmatiſch von denſelben folgender Maaßen: Ordentliche judicia, actiones d. i. für die Zeit des fünften und ſechsten Jahrhunderts, um welche es ſich handelt, legis actiones*) konnte der Prätor nur zulaſſen, wenn er der Meinung war, daß der vor ihm angebrachte Anſpruch nach dem beſtehenden Rechte d. h. dem eigentlichen Civilrecht erhoben werden könne, daß derſelbe ein nach Sitte oder Geſetz klagbarer ſei. Wenn es aber geſchah, daß Jemand, der ſich durch die Handlung eines Andern gravirt wähnte, gegen dieſe beim Prätor Schutz und Abhülfe ſuchte, und der Prätor erkannte, daß die

*) Gaj. IV, 11. „Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.“

Beſchwerde rechtlichen Gehörs bedürfe, daſſelbe ihr aber aus dem beſtehenden Civilrecht nicht erwachſe, ſo erließ er aus ſeiner eigenen magiſtratiſchen arbiträren Machtvollkommenheit*) ein Verbot oder einen Befehl, interdictum, decretum, welches dem Querulanten einen Rechtstitel gewährte, auf welchen hin der Prätor nun, wenn dem Befehle oder Verbote nicht nachgelebt wurde, ein von ihm und den Partheien zu formirendes Verfahren, nach Geſtalt der Sache ein arbitrium oder judicium gewährte. Anfangs waren ſolche decreta in der Regel gewiß nur repentina, ſpäter aber, wenn der Fall ſich häufiger ereignete, wurden ſie in das edictum perpetuum aufgenommen. Der Hauptgrund alſo, weshalb die Interdicte als eine eigenthümliche von den Actionen unterſchiedene Art der Rechtsmittel erſcheinen, liegt darin, daß ſie vom Prätor zu einer Zeit gegeben wurden, in welcher die analogiſirende Interpretation noch gar nicht oder ſehr ſpärlich vorhanden war; denn beiweitem die meiſten und wichtigſten Interdicte ſtammen ſchon aus der Zeit der Anfänge des edictum perpetuum. Wenn damals der Prätor ein nicht grade auf den Buchſtaben des beſtehenden Civilrechts gegründetes Rechtsmittel gewährte, ſo mußte das ſchon als etwas lediglich aus ſeiner Machtvollkommenheit Entſprungenes erſcheinen und aufgenommen werden, wenn es auch ſchon im Geiſte des Civilrechts gelegen hätte. Nun muß aber in Betreff des innern Gehalts der Interdicte auch ſelbſt vom Standpunct der entwickelten Dogmatik aus anerkannt werden, daß Grund und Tendenz aller der Rechtsmittel, welche Interdicte heißen, mehr poſſeſſoriſch und polizeilich als petitoriſch und eigentlich juriſtiſch iſt; ſo daß ſelbſt die freieſte Analogie und Interpretation nicht leicht irgend ein Interdict aus

---

*) Gaj. IV, 139. „Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis praeponit; quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur, et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet; formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta decretave vocantur.“

der ratio des auf das Allernothdürftigſte des rein Privatrechtlichen beſchränkten alten Civilrechts würde haben ableiten können. Die Interdicte betrafen wirklich Gegenſtände, die dem alten Rechte von Grund aus fremd und zugleich von der Beſchaffenheit waren, daß ihre Ueberwachung weit angemeſſener dem ſchnelleren und gewandteren Imperium des Jurisdictionsmagiſtrats, als der unbeweglicheren und ſteiferen Volksgeſetzgebung zufiel.

4) Stricti juris actiones, bonae fidei actiones, arbitrariae actiones.

1. Stricti juris actio iſt das Klagerecht aus einer stricti juris obligatio. — Stricti juris aber iſt eine obligatio, die ein strictum jus, d. h. beſtimmte ſolenne Worte zur causa hat, z. B. eine stipulatio, ein rechtes Damnationslegat; die aus ſolcher causa entſtehende obligatio hat ganz ſtricte den Inhalt, welchen die verba ihrer Entſtehung hatten, und das aus ſolcher obligatio entſtehende Klagerecht kann nichts Anderes in Beziehung auf Quantität, Qualität, Zeit, Ort enthalten, als die obligatio ſelbſt von Anfang an enthielt; wie denn auch das judicium, in welchem ſolche actio ventilirt wird, ſich wieder genau an den Inhalt dieſer binden muß; es kann in der Condemnation nichts anders ſein, als in der Klagintention. Dies galt ſo, wo die Abſicht bei der Entſtehung der Forderung es gefordert hatte, und die Billigkeit ex post es zuließ. *)

2. Bonae fidei actiones **) ſind alle übrigen actiones in personam und alle actiones in rem. Bei dieſen iſt es

*) L. 1 D. de eo quod certo loco. (13, 4). „Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere; sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, — quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur — non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare.“

**) § 28 I. de act. (4, 6). „Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Bonae fidei sunt hae: ex emto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tu-

Princip und Regel, daß es nicht auf das ankommt, was zugeſagt, ſondern auf das, was nach Billigkeit zugedacht iſt. Eine obligatio, welche bona fide contrahirt iſt, kann durch anfangs nicht ausdrücklich erwähnte, ſpäter eintretende Ereigniſſe in allen ihren Beziehungen Qualität, Quantität, Ort, Zeit ꝛc. ipso jure modificirt werden. Dieſe Klaggattung wird nun auch häufig mit arbitraria actio bezeichnet, wiewohl insbeſondere eine beſtimmte Species der bonae fidei actiones ſo benannt wird, nämlich die Claſſe aller derjenigen Klagen, welche auf Reſtitution oder Exhibition einer Species gerichtet ſind, weil hier der Beklagte, welcher deſſen ſchuldig nicht reſtituirt, arbitrio judicis in eine Geldſumme verurtheilt wird. *)

---

telae, commodati, pignoraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei judicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen Constitutio (l. ult. C. de petit hered. III, 31) aperte eam esse bonae fidei disposuit."

§ 30 I. h. t. (4, 6). „In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur."

*) § 31 I. de act. (4, 6). „Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes apellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est; item quum id quod certo loco promissum est,

5) Directae, contrariae actiones. Directa heißt in dieſer Entgegenſetzung die Klage, welche aus einem einſeitigen Contract, wie Mandat, Commodat, oder Quaſicontractsverhältniß, wie Tutel, dem der Natur des Geſchäfts nach Berechtigten gegen den Verpflichteten zuſteht. Contraria die Klage, welche dem weſentlich nur Verpflichteten aus zufällig entſtandenen Berechtigungen gegen den weſentlichen Creditor zuſteht. Die directa hat der Mandant, Commodant, der Pupill; die contraria der Mandatar, Commodatar, Tutor.

6) Populares actiones. Das ſind Klagen, welche auf den Grund eines öffentlichen Intereſſe, *) wegen Gemeingefährlichkeit einer Thatſache oder Handlung gegen den Urheber derſelben von jedem Bürger in der Regel auf eine dem Kläger zufallende Strafe angeſtellt werden können. Der Bürger handelt hier, wie wenn er eine accusatio, Anklage ausübt, nicht als privatus, ſondern als Mitglied der öffentlichen Gewalt. Von der accusatio unterſcheidet ſich die actio popularis, abgeſehen von dem Forum und der Form des Verfahrens, dadurch, daß die durch jene erzielte Strafe ſtets dem Staate zufällt.

§ 77.

Verjährung der Klagen.

Derjenige, dem ein Klagerecht zuſteht, darf nach neuerm Rechte die Ausübung deſſelben durch Anſtellung des Proceſſes nicht zu lange verſchieben; denn ſonſt wird er mit Recht ſo angeſehen, als habe er auf ſein Recht verzichtet. Das alte Civilrecht bedurfte hier noch weniger beſonderer Beſtimmungen; denn in Beziehung auf die dinglichen Klagen, ſo verlor der

---

petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat."

*) L. 1 D. de popular. act. (47, 23). „Eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur."

nachläſſige Kläger leicht in 1 oder 2 Jahren durch die auch ohne ſtrenge bona fides zuſtändige usucapio des Beſitzers ſein Recht gänzlich dadurch, daß der Beklagte es erwarb; den perſönlichen Klagen war nur ſehr ausnahmsweiſe eine Verjährungsfriſt gegeben. — Der Prätor aber pflegte den meiſten der von ihm verliehenen Klagen eine Friſt beizufügen, innerhalb welcher er ſie nur geben würde. So waren denn einige Klagen temporales, andere wirklich perpetuae.*) Eine Conſtitution des Kaiſers Theodoſius II. aber beſtimmte, daß alle bisher unverjährbaren Klagen wenigſtens in 30 Jahren verjähren ſollten, ſo daß von da an eine perpetua actio diejenige heißt, welche in 30 oder ausnahmsweiſe, wie z. B. die hypothecaria, gegen den Pfandbeſteller ſelbſt und deſſen Erben erſt in 40 Jahren verjährt.**)

---

*) Gaj. IV, 110. 111. „Quo loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere Praetorem accommodare; eas vero, quae ex propria ipsius jurisdictione pendent, plerumque intra annum dare. § 111. Aliquando tamen praetoriae actiones imitantur jus legitimum; quales sunt eae, quas bonorum possessoribus ceterisque, qui heredis loco sunt, accommodat; furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius Praetoris jurisdictione proficiscatur, perpetuo datur: et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.“

**) L. 3 C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39). „Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda; eodem etiam jure in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio per longum tempus possidente nititur vindicare. — — § 2. Hae autem actiones annis triginta continuis exstinguantur, quae perpetuae videbantur, non illae, quae antiquis temporibus limitantur. § 3. Post hanc vero temporis definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censemus, etiamsi se legis ignorantia excusare tentaverit.“

1) Die Verjährungsfriſt fängt an zu laufen von dem Augenblick, wo die rechtliche Möglichkeit zu klagen, wo, wie man ſagt, actio nata war. 2) Sie wird durch Anſtellung der Klage, oder wenn die Anſtellung der Klage unmöglich war, durch gehörige Proteſtation unterbrochen. 3) Niemals iſt bona fides des Beklagten, das wäre bei dinglichen Klagen der Glaube des Rechtes an dem beſeſſenen körperlichen oder unkörperlichen Gegenſtande, bei perſönlichen Klagen der Glaube, nicht ſchuldig zu ſein, erforderlich; denn 4) die Wirkung dieſer bloß extinctiven, nicht acquiſitiven Verjährung iſt nur die, daß der Kläger ſeinen Rechtsanſpruch, ſeine actio zur Strafe ſeiner Nachläſſigkeit verliert, nicht aber, daß der Beſitzer etwas erwirbt; weshalb denn in ſeiner Perſon Nichts weiter vorhanden zu ſein braucht, als die fortwährende Qualification, beklagt werden zu können; der Kläger aber verliert ſein Forderungsrecht, actio im weiteſten Sinne; daſſelbe iſt ihm zur eigentlichen actio wie zur exceptio ganz inutile, inefficax.

Proceſſualiſcher Anhang.

I. Geſchichtliche Grundzüge der Form des Verfahrens.

§ 78.

A. Ordo judiciorum privatorum und extraordinarium judicium.

Die Entſcheidung von Privatrechtsſtreitigkeiten der Römiſchen Bürger gehörte von den älteſten Zeiten her zum magiſtratiſchen Imperium. Von der Mitte der Kaiſerzeit an aber, wo alle öffentliche Gewalt in der kaiſerlichen Macht vereinigt wurde, war ſie beſonderen Beamten zugewieſen.

Jene ältere Ordnung des Proceſſes, welche mit dem Namen ordo judiciorum privatorum bezeichnet wird, und unter den Kaiſern Diocletian und Maximian ſchon gänzlich verſchwunden iſt, hat die Eigenthümlichkeit, daß jedes ordentliche Verfahren in zwei Abſchnitte zerfällt. Ein jedes ſol-

ches nämlich nimmt ſeinen Anfang vor dem Magiſtrat und gelangt von da an eine zweite Behörde, durch welche es beendigt wird. Jene erſte Hälfte des Verfahrens ſelbſt, ſowie der Ort deſſelben heißt jus, die zweite Hälfte, die Verhandlung vor dem judex, in gleicher Weiſe judicium. Der durch dieſe Eigenthümlichkeit characteriſirte ordo judiciorum privatorum zerfällt nun hiſtoriſch wieder in zwei Perioden. Das von den älteſten Zeiten bis in die letzten Jahrhunderte der Republik gewöhnliche Verfahren heißt agere per legis actionem, lege agere. Von da an aber wurde das ſogenannte agere, litigare per formulas das Gewöhnliche.

(Grund und Weſen der Scheidung des Verfahrens in jus und judicium.)

Die dem Gerichte überhaupt obliegende Function des Richtens und Urtheilens iſt, das Verhältniß beſtimmter von den Partheien angeführter Thatſachen zu den ſolche Thatſachen normirenden Rechtsregeln anzugeben, dieſen Fall unter diejenige Rechtsregel zu ſtellen, welche in abſtracter Weiſe die Merkmale beurtheilt, welche dieſer Fall in concreter Weiſe an ſich hat, oder dem abſtracten Vorurtheil des Geſetzes nach zu urtheilen. Die Congruenz des richterlichen Urtheils mit dem Urtheil des Geſetzes iſt die Gerechtigkeit des Urtheils; die Abweichung von demſelben Ungerechtigkeit, Willkühr, Irrthum. Die eigentliche rein richterliche Function ſetzt alſo zu ihrem Daſein als ſolcher voraus, daß jene das richterliche Nachurtheil leitende, bindende und rechtfertigende Norm außer und über dem Richter in erkennbarer Objectivität ſelbſtſtändiges Daſein habe, geſetzt ſei, daß ein Geſetz in ſeiner Reinheit als ſolches da ſei. Wenn nun in entwickelten d. i. unterſchiedenen politiſchen Zuſtänden Geſetz und Gericht geſchieden iſt, wenn wegen der Gefahr, daß der immer größer werdende Unterſchied zwiſchen Geſetz und Gericht zur Verſchiedenheit und Ungerechtigkeit werde, ſogar ein Inſtanzenzug oder die Zuläſſigkeit einer weitern Beurtheilung des richterlichen Urtheils erforderlich wird, welche in weniger entwickelten Zuſtänden gar nicht vorhanden iſt, oder, wo ſie anfängt, bei dem Geſetzgeber unmittelbar ſelbſt, nicht aber durch die weitere Vermittlung eines zwei-

ten Gerichts zu geſchehen pflegt, ſo iſt das ganz Urſprüngliche, Unentwickelte, daß ſelbſt Geſetzgebung und Gericht noch nicht einmal zur klaren Unterſchiedenheit vermittelt, im Act und Organe noch ununterſchieden ſind. Es giebt anfangs nur ein concretes Urtheilen; das Geſetz iſt erſt eine Abſtraction aus dieſen unmittelbaren Sätzen. *) Ganz anfänglich kann in dem Zuſtande des noch nicht objectivirten Geſetzes und Rechtes Niemand richten als der Geſetzgeber, welcher ſich ſelbſt erſt aus dem Richten dieſer Fälle das Recht ſolcher Fälle zum Bewußtſein bringt, kann alſo auch Niemand Geſetze geben, als dieſer Richter.

Wenn die Umſtände vorzüglich durch die Maſſe der ſich zur Entſcheidung drängenden Fälle den Anfang einer Scheidung erheiſchen, es nöthig und möglich machen, daß ein Anderer als der Geſetzgeber den einzelnen Fall richte, und dieſer ſich auf die abſtracte Beurtheilung beſchränke, ſo iſt, damit jener Richter des einzelnen Falls in Gemäßheit mit dem immer noch zu dunkeln und noch zum größten Theil verſchloſſenen Willen des ſich von ihm ſondernden Geſetzes handele, für jeden concreten Fall eine unmittelbare Communication deſſelben mit einem jenen Willen wiſſenden und weiſenden Organ der höchſten Gewalt nothwendig. Dieſe Entwicklungsſtufe des Rechts iſt es, in welche für Rom der alte ordo judiciorum privatorum mit getrenntem jus und judicium fällt, und mit deren Ueberſchreitung er verſchwindet.

Nach den XII Tafeln war die Einleitung aller Civilrechtsſtreitigkeiten, das jus dicere, bei den Prätoren, anfangs bei den conſuliſchen, ſpäter ohne Zweifel bei dem cenſoriſchen und endlich bei dem zweiten Praetor urbanus, welcher im Jahre 387 gewiß mit beſonderer Rückſicht auf die ſich mehrende Jurisdictionsarbeit eingeſetzt wurde.

Hier in jure brachten die Partheien ihre Anſprüche und Einwendungen vor. Der Magiſtrat ſprach nun nicht ein Urtheil darüber, ob der Beklagte das Angeſprochene

---

*) Vgl. § 24 pag. 136.

zu leiſten ſchuldig ſei, ſondern allein, ob darüber ſo unter ihnen ein Rechtsſtreit, ein Proceßverfahren möglich ſei. Dieſes allein wurde von dem Magiſtrat erbeten, und er hatte es, nach ſeinem Ermeſſen über Recht und Herkommen zu geſtatten und zu verweigern. Er hatte demnach von alter Zeit her z. B. zum großen Theil darüber zu entſcheiden, ob und wie ein Plebejer, ein Latine, ein Peregrine in Rom zu Gericht ſtehen könne und müſſe, ob es möglich ſei, eine ſolche Sache mit der in rem actio, ſolche mit einer condictio zu verfolgen,*) ob und daß aus einem mutuum, commodatum &c. auch wenn keine stipulatio daſſelbe begleitete, aus der bloßen Hingabe, daß bei emtiones venditiones, locationes conductiones, wenn die Partheien auf irgend eine Weiſe einig geworden wären, geklagt werden könne,**) daß auch gegen einen fur manifestus nicht mehr eine Klage auf Addiction, ſondern nur eine Klage auf Geld zugelaſſen werde.***)

Dieſes Inſtitut einer vorläufigen, rein rechtlichen, allgemeinen Beurtheilung des Falles hatte ſeine unmittelbare Nothwendigkeit und Nützlichkeit in den Umſtänden. Das ganze Privatrecht nämlich beruhte von den älteſten Zeiten meiſt auf ungeſchriebener Gewohnheit. Dieſe wurde zwar in einer ſehr dürftigen und kurzen Weiſe in den XII Tafeln aufgezeichnet und modificirt, aber ſie begann grade von da an erſt die ſchnellſte mannigfaltigſte unmittelbare Entwicklung durch ſich ſelbſt, nur durch einzelne ſehr karge ſancirende und derogirende Geſetze unterſtützt. Damit wuchs immer mehr das Bedürfniß einer leitenden Sanction und Interpretation. Wenn dieſe nun auch unmittelbar volksthümlich ſchon in der älteſten, im Anfang des 5ten Jahrh. lebendigen Jurisprudenz begann, ſo war dieſe Interpretation doch bald eine in ſich variirende, keine authentiſche, eine nur auf dem ſichern und lang er-

---

*) Vgl. § 10 pag. 45. 46 ff. § 18 pag. 123. 124.

**) Vgl. § 7 pag. 304. 305.

***) Vgl. § 24 pag. 383.

probten Herkommen fußende und darum für den practiſchen Gebrauch der Gegenwart immer unzureichend und zu eng, ſo daß ſie bald jene einige authentiſche, auf dem unmittelbar und jetzt Nothwendigen fußende, liberale Interpretation des Prätors eher noch nothwendiger, als entbehrlich machte. Die Function des Recht-Sagens in einem noch nicht fertigen, ruhenden, ſondern noch ganz unfertigen, ſich fortwährend weiter entwickelnden und verändernden Rechte mußte, um concentriſch und authentiſch zu geſchehen, von einem Standpunct aus und von einem Magiſtrate geſchehen, dem es zukam, das noch unausgeſprochen vorhandene alſo unbekannte Recht zu ediciren, der als der Mund des Geſetzes galt.*) Dieſe Function war ebenſo wenig eine eigentlich legislative, als eine eigentlich richterliche; es war ein jus dicere, Weiſen des Rechtes für dieſen Fall, ob er nach einem und nach welchem Rechte er zu beurtheilen ſei, nicht aber ein Anwenden des Rechtes auf dieſen Fall, nicht Beurtheilung dieſes Falles, ſondern des Rechts, nach welchem der Fall zu beurtheilen ſei.

Darauf folgt das judicium, judicare, die eigentliche Beurtheilung dieſes Falles nach dem gewieſenen Rechte vor einer zweiten Behörde, dem judex. Dieſer hatte nun hauptſächlich nur den Fall zu unterſuchen, ob er factiſch wirklich ſo beſchaffen war, wie er in jure angegeben war. Er hatte den Beweis aufzunehmen und nach deſſen Gelingen oder Mißlingen das mehr oder minder beſtimmt gewieſene Recht auf denſelben anzuwenden.

Jemehr und je länger nun die Prätoren edictum perpetuum edicirt, alſo zum Voraus in abstracto das Recht gewieſen hatten, jemehr dies von einer gebildeten auf das Allgemeine

---

*) Cic. de leg. III, 1. „Videtis igitur, magistratus hanc esse vim, ut praesit praescribat que recta et utilia et conjuncta cum legibus; ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus; vereque dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum.“

gerichteten und darum billigen und übereinſtimmenden Doctrin interpretirt und geſchrieben war, ſo daß dadurch die nachträgliche Interpretation der Prätoren für den concreten Fall unnöthig wurde, deſto mehr wurde ſie auch factiſch und rechtlich unmöglich.

Dieſe Stuffe war nun im Weſentlichen ſchon mit Hadrian erreicht.*) Die alte magiſtratiſche Function eines aushelfenden von vorn herein unbegränzten Arbitrium hatte kein Feld mehr, ſie hatte in ihrem eignen Edict und dem Befehle des Kaiſers, in dem allein ſich die ganze legislative d. i. die vorrichterliche Gewalt concentrirte, ihre beſtimmte Inſtruction; und jedes legislative Präjudiz in der Inſtanz des Gerichtes, zu welcher der Prätor von ſelbſt herabgeſetzt war, war jetzt vom Uebel.

Das Recht war zu entwickelt und darum zu verwickelt und mannigfaltig; das Recht für den beſonderen Fall konnte jetzt erſt nach einer ſorgfältigen Prüfung der Beſchaffenheit und Wahrheit deſſelben in ſeiner ganzen factiſchen Beſonderheit und nach ſeiner proceſſualiſchen Behandlung durch die Partheien ermittelt werden; jede vorgängige Beurtheilung deſſelben nach einer ungefähren Angabe konnte ihm jetzt ein ungerechtes Vorurtheil werden.

In die Periode von Hadrian bis Conſtantin fällt das Verſchwinden der alten und die Bildung einer neuen ſich immer mehr gleichmäßig über das ganze Reich erſtreckenden Gerichtsordnung, welche von dem Letztern im Weſentlichen vollendet wurde. Im ganzen Reiche waren es von da an reine Beamte und reine Richter, die der Jurisdiction vorſtanden, und ſelbſt das Recht zu finden hatten. In erſter Inſtanz richtete in der Regel der zugleich mit obrigkeitlicher Gewalt verſehene praeses provinciae, für geringfügigere Sachen war noch eine untere Inſtanz beim judex pedaneus.**) Vom praeses war eine regelmäßige Appellation an die kaiſerlichen Präfecten.

---

*) Vgl. § 17 pag. 66. 67.

**) L. 2 C. de pedaneis judicibus (3, 3). „Impp. Diocletianus

A. Form des Verfahrens im alten ordinarium judicium, ordo judiciorum privatorum.

§ 79.

1. Verfahren durch legis actio.

Urſprünglich gab es nur eine Art des Verfahrens, welche ohne Zweifel actio, agere ſchlechthin genannt wurde. Als der Prätor nun früh anfing, neben dieſem, ohne ſeine Schuld mehr und mehr dem Buchſtaben des Geſetzes verfallenden, civilen Klageverfahren principaliter aus ſeiner Auctorität durch Interdicte ein materiell und formell neues agere zu geſtatten, ſo wurde jenes alte civile, im Gegenſatz des ex interdicto, decreto, edicto Praetoris agere, lege agere, ex lege agere genannt.

So wie die materiellen Bedingungen dieſes lege agere ſich genau nach dem Ausſpruch der Geſetze richteten, ſo ſollte auch die Form deſſelben dieſen gemäß genau beſtimmt ſein. Die vom Anfang an vernünftige Handhabung der Jurisdiction durch den Prätor, welcher dieſelbe mit dem in ſteter Entwicklung begriffenen Rechte anfangs ohne die Sanction

et Maximianus A. A. et C. C. dicunt: Placet nobis, praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suae examen adhibere, ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi judices licentia permissa credatur. Quod usque adeo in praesidum cognitione retinendum est, ut eorum judicia non deminuta videantur, dum tamen de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, et de libertinitate praesides ipsi dijudicent.“ Dat. XV Kal. August. Caess. Conss. (294—305).

L. 5 C. h. t. (3, 3). Imp. Julianus A. Secundo P. P. — Quaedam sunt negotia, in quibus superfluum est moderatorem exspectare provinciae, ideoque pedaneos judices, hoc est qui negotia humiliora disceptent, constituendi damus praesidibus potestatem. Dat. V Kal. August. Antiochiae, Mamertino et Nevitta Conss. (362).

eines Buchſtaben fortſchreiten ließ, brachte bald, ſchon im 5. Jahrhundert die Sache dahin, daß in materieller wie in proceſſualiſcher Hinſicht vieles unzweifelhaft als Recht galt, was nicht Jeder unmittelbar aus den Geſetzen zu leſen im Stande war. Es wurde mündlich und ſchriftlich von den prudentes auch darüber Belehrung ertheilt, wann und wie man klagen, agere, d. i. lege agere, könne. Dieſe Art von Literatur, welche ganz caſuiſtiſch und beiſpielsweiſe ſprach, ſich immer mehr ausdehnte und gewiß anfangs dem Volk einen nützlichen Anhalt und Feſtigkeit gab, ging jedoch allmählig in dem Maaße, wie ſie hinter der Zeit zurückblieb, in ſolches Buchſtabenweſen und Formalismus über, daß ſie höchſt gefährlich wirkte. Denn wenn auch den Prätor ſelbſt dieſe nicht autoriſirte Interpretation nicht unmittelbar in ſeiner juriſtiſchen Ueberzeugung, welcher er allein Rechenſchaft ſchuldig war, binden konnte, ſo band ſie mittelbar doch auch ihn, inſofern ſie die Volksvorſtellung formirte, über welche der Prätor ſich niemals ganz hinwegſetzen mochte. So mußte ſchon er ſelbſt oft judicia gegen ſeine Ueberzeugung formell geſtatten oder verweigern; weil er mit der einmal traditionellen und allgemein geglaubten Formulirung durch die alte Jurisprudenz nicht in Oppoſition treten mochte. Noch häufiger aber geſchah es, daß die Partheien, denen nach dem kurzen Vortrag ihrer Sache in jure das judicium ertheilt war, im judicium ſelbſt durch die Chicane des strictum jus ſachfällig wurden; denn der judex konnte, wenn er nicht litem suam facere wollte, nicht anders, als ſich an die hergebrachten verborum conceptiones und übrigen Bedingungen halten. *)

---

*) Gaj. IV, 11. „Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta Praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset arbores no-

Sobald alſo dieſe die Rechtshülfe ſperrende Behandlung des alten civilen Verfahrens ſich Geltung verſchaffte, war der Prätor gleichzeitig darauf bedacht, durch Interdicte*) und Decrete billige Anſprüche zu ſchützen; welche denn, ſo wie ſie materiell aus ſeiner Machtvollkommenheit entſprangen, auch formell in Rückſicht des Schutzverfahrens nach ſeinem Ermeſſen formirt wurden. Die Volksüberzeugung gewöhnte ſich an dieſes Verfahren, das anfangs nur für die vom Prätor durch ſeine Edicte rein geſchaffenen Anſprüche galt, ſo weit, daß er es derſelben bieten konnte, auch für rein civile Anſprüche, die durch legis actio ſchon geſchützt waren, neben der legis actio ſeine Proceßform, das litigare per formulas zu proponiren. Dieſes Verfahren fand im Vergleich mit den legis actiones allmählig ſolchen Beifall, daß ſchon im 7. Jahrhundert durch eine lex Aebutia, zum Theil durch zwei leges Juliae unter Cäſar oder Auguſt die eigentlichen legis actiones gänzlich abgeſchafft und nur durch formulae geſtritten wurde. **) Aus dieſer frühen Abſchaffung der legis actiones erklärt es ſich, wie die claſſiſchen Juriſten in ihren Lehrbüchern, die mehr eine

---

minare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.“

*) Gaj. IV, 138. 139 ff.

**) Gaj. IV, 30. 31. „Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc jura condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet; itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est, per formulas litigaremus. § 31. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumvirale judicium fit... | ....cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento aput Praetorem urbanum vel peregrinum; propter damnum vero infectum nemo vult lege agere; set potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium | ...... quod et commodius jus et plenius est.“

unmittelbar practiſche Tendenz haben durften, da, wo ſie von legis actiones handeln, nur ſehr fragmentariſche, wie ſie geſtehen, ihnen ſelbſt zum Theil unverſtändliche *) Notizen überliefern.

So berichtet Gajus, welcher am vollſtändigſten von dieſer Antiquität handelt, es habe fünf Arten der legis actio gegeben. 1) Sacramento agere. 2) Per judicis postulationem. 3) Per condictionem. 4) Per manus injectionem. 5) Per pignoris capionem agere, **) von welchen jedoch keineswegs anzunehmen iſt, daß es einander gänzlich ausſchließende und durchaus geſchiedene Arten des Verfahrens geweſen. Die Juriſten der Kaiſerzeit, wie Gajus, konnten zu dieſer Annahme dadurch verleitet werden, daß ſie unter dem veralteten Terminus legis actio einmal ein ganzes gerichtliches Verfahren verſtanden, wogegen bei den Alten auch einzelne Acte***) des Verfahrens, wie die provocatio ad sacramentum, und ſelbſt außergerichtliche, †) geſetzlich zuſtändige und formirte Rechtsverfolgungsacte, wie z. B. die pignoris capio eine legis actio genannt wurden.

1) Das sacramento agere, welches Gajus als eine bloße Species des Verfahrens zu verſtehen ſcheint, war ſicher, vielleicht mit einzelnen Ausnahmen, vielmehr das Generiſche, Allgemeine, ††) wozu ſich die übrigen vier nicht als andere Spe-

*) Gaj. IV, 19. 20. 29.

**) Gaj. IV, 12. „Lege autem agebatur modis quinque: sacramento; per judicis postulationem; per condictionem; per manus injectionem; per pignoris captionem."

***) Gaj. IV, 31.

†) Gaj. IV, 29.

††) Gaj. IV, 13. 14. „Sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur; eaque actio perinde periculosa erat. . . . atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor si non debitum petat; nam qui victus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat, praedesque eo no-

cies, ſondern nur als verſchiedene Modificationen verhielten. Das sacramento agere beſtand nur in der regelmäßig jeder von beiden Partheien obliegenden Auslobung eines Succumbenzgeldes, welches im Fall des Unterliegens im Proceſſe als Strafe an den Staat verfiel. 2) Eben ſo regelmäßig, wie die Auslobung des Sacraments ſcheint anfänglich eine judicis postulatio mit gewiſſen Solennien in jedem Verfahren vorgekommen zu ſein.*) An deren Stelle als Abkürzung für gewiſſe perſönliche Klagen 3) das Verfahren, welches Gajus als actio per condictionem**) bezeichnet, getreten zu ſein ſcheint. 4) Die manus injectio, welche Gajus ebenfalls als eine vierte Art des Verfahrens anführt, ſcheint urſprünglich nur die Einleitung des Executionsverfahrens gegen einen verurtheilten Schuldner, welcher die Friſt, das tempus judicati, hatte verſtreichen laſſen, geweſen zu ſein.***) Später wurde mit Modificationen ein ähnliches Verfahren auch aus einzelnen anderen liquiden oder beſonders begünſtigten Forderungen,

---

mine Praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversario, qui vicerit. § 14. Poena autem sacramenti aut quingenaria erat, aut quinquagenaria. nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoribus vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur: nam ita lege XII tabularum cautum erat. sed si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est favoris causa, ne satisdatione onerarentur adsertores."

*) Gaj. IV, 15.

**) Gaj. IV, 18. 19. 20.

***) Gaj. IV, 21. „Per manus injectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est; velut judicati lege XII tabularum; quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: „Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium X milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium judicati manus injicio;" et simul aliquam partem corporis ejus prendebat nec licebat judicato manum sibi depellere, et pro se lege agere; set vindicem

oder rechtswidrigen Schulden geſtattet. *) Der Act der manus injectio war ohne Zweifel ein außergerichtlicher, wie 5) die pignoris capio, eine mit beſtimmten Solennien vorzunehmende wegen gewiſſer Forderungen zuſtändige Selbſtpfändung. **)

Die weſentlichen Hauptſpecies waren in dieſer Periode der formellen legis actio, ſo wie früher und ſpäter das Verfahren in rem und in personam. Der Bericht des Gajus über das regelmäßige Verfahren in personam iſt kurz und lückenhaft. ***) Ausführlicher giebt er den Theil des Verfahrens im dinglichen Proceſſe, welcher in jure geſchieht; denn das Verfahren in judicio war nicht weſentlich verſchieden von dem des Verfahrens in personam. Dieſes dingliche Verfahren, welches noch ganz und gar die Grundzüge des urſprünglichen †) Verfahrens enthält, liefert ein Beiſpiel, wie Formen im Rechte durch ihr Stilleſtehen aus einſt nothwendigen und natürlichen in eine nutzloſe und unverſtändliche Symbolik übergehen können. ††)

---

dabat, qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.“

*) Gaj. IV, 22. „Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato manus injectionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam.“

**) Gaj. IV, 26–29.

***) Gaj. IV, 15. 18. 19. 20.

†) Vgl. § 18 pag. 121; § 6 pag. 299 ff.

††) Gaj. IV, 16. 17. „Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in jus adferri adducive possent, in jure vindicabantur ad hunc modum. qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem apprehendebat, velut hominem, et ita dicebat: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi. Ecce tibi vindictam inposui.“ et simul homini festucam inponebat. adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, Praetor dicebat: „Mittite ambo hominem.“ illi mitte-

2. Formelproceß, litigare per formulas.

§ 80.

a) Jus.

Dieſes Verfahren begann, wie das durch legis actio, damit, daß der, welcher klagen wollte, den Beklagten vor den Prätor forderte, in jus vocat. In jure trug er in der Kürze ſeinen Anſpruch und die Thatſachen, auf welche er denſelben gründen wollte, vor; worauf ſich der Beklagte über die Wahrheit derſelben erklärte, und die Vertheidigungen, die er benutzen wollte, vorbrachte. Hier konnten ſich die Partheien gewiſſe Fragen über

---

bant; qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: „Postulo, anne dicas, qua ex causa vindicaveris.“ ille respondebat: „Jus peregi sicut vindictam inposui.“ deinde qui prior vindicaverat, dicebat. „Quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco.“ adversarius quoque dicebat: „Similiter ego te . . . . . asses sacramenti nominabant. deinde sequebantur quaecunque (si) in personam ageretur. postea Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est, rei et fructuum; alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat; festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus judiciis hasta praeponitur. § 17. Si qua res talis erat, ut (non) sine incommodo posset in jus adferri vel adduci, velut si columna, aut grex alicujus pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur: deinde in eam partem, quasi in totam rem praesentem, fiebat vindicatio. itaque ex grege vel una ovis aut capra in jus adducebatur, vel etiam pilus inde sumebatur et in jus adferebatur; ex nave vero et columna aliqua pars defringebatur; similiter si de fundo, vel de aedibus, sive de hereditate controversia erat, pars aliqua inde sumebatur et in jus adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio, velut ex fundo gleba sumebatur, et ex aedibus tegula, et si de hereditate controversia erat, aeque.“

Puncte, die zu wiſſen ihnen Noth war, interrogationes in jure vorlegen, auf welche nach Ermeſſen des Magiſtrats *) geantwortet werden mußte. So fragte z. B. der Kläger den Beklagten, ob ihm das Thier, der Sclave gehöre, wegen deſſen er eine actio noxalis anſtellen wollte, **) wie alt er, ***) ob er minor, major, ob er filiusfamilias oder paterfamilias, ob er Erbe, und zu welchem Theile er Erbe Jemandes ſei.

Wenn der Beklagte nun des gegen ihn erhobenen Anſpruchs ſchon hier in jure oder erſt hier, weil er erſt hier mit den möglichen Strafen eines leichtſinnigen Leugnens bekannt gemacht worden war, vollkommen geſtändig wurde, ſo wär das eine confessio in jure, die einer Verurtheilung gleich geltend, †) jedes weitere Verfahren überflüſſig machte.

Daſſelbe konnte ferner dadurch wegfallen, daß der Prätor die erbetene Klage oder jedes Verfahren verweigerte, actionem denegabat, weil auf den angeführten Grund hin keines zuſtändig ſchien.

Wenn der Prätor aber, weil auf die vom Kläger vorgebrachten und vom Beklagten direct oder indirect noch beſtrittenen

---

*) L. 9 § 6 D. de interrogationibus in jure (11, 1). „Illud quaeritur, an quis cogatur respondere, utrum ex testamento heres sit, et utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas, an per eos, quos suo juri subjectos habet, vel per eum, cui heres extitit? Summatim igitur Praetor cognoscere debebit, quum quaeratur, an quis respondere debeat, quo jure heres sit, ut, si valde interesse compererit, plenius responderi jubeat; quae obtinere debent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.“

L. 9 § 8 D. h. t. (11, 1). „Si de peculio agatur, non oportere responderi a patre vel domino, an in potestate habeat filium vel servum, quia hoc solum quaeritur, an peculium apud eum, cum quo agitur, est.“

**) L. 7. 8. D. h. t. (11, 1).

***) L. 11 pr. D. h. t. (11, 1). „De aetate quoque interrogatus interdum respondere debebit.“

†) L. 1 D. de confessis (42, 2). „Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.“

Thatſachen hin ein Verfahren geſtatten, judicium, actionem, judicem dare, wollte, ſo geſchah dies dadurch, daß er eine formula ausfertigte, und die Partheien mit dieſer an den judex verwies.

§ 81.

b) Judicium.

Dieſer Richter war nun entweder:

1) ein eigentlicher judex, ein einzelner, unus judex. Wenn auch vielleicht in alter Zeit nur Senatoren oder Patricier als judices beſtellt wurden, ſo konnte doch ſeit der Entwicklung der Republik, ſeit der Theilnahme der Plebejer an jedem munus publicum, unter Vorausſetzung der individuellen Fähigkeiten, ſeines Standes wegen jeder Privatus vom Magiſtrate als judex beſtellt werden. Am Ende der Republik aber wurde von den Uſurpatoren, welche für die Criminalproceſſe ein album judicum, eine jährliche Liſte, bald aus den Senatoren, bald aus den Rittern, bald aus beiden Ständen gewählter Richter, judices selecti verordneten, auch für die Civilproceſſe eine gleiche Ordnung eingeführt, ſo daß von da an die judices nur aus dem album beſtellt werden konnten. Derſelbe judex heißt auch häufig arbiter, wo er nämlich in einem bonae fidei judicium, welches in älterer Zeit im Gegenſatz gegen ein eigentliches judicium i. e. stricti juris judicium wohl arbitrium genannt wurde, zu richten hatte. Eigentlich aber iſt arbiter entweder a) derjenige vom Magiſtrat beſtellte Richter, arbiter datus, der nicht eine eigentliche Rechtsfrage zu entſcheiden, ſondern eine mehr factiſche Angelegenheit, z. B. eine Theilung im judicium communi dividundo, familiae herciscundae, finium regundorum zu ordnen hat, oder b) ein von den Partheien gewählter Schiedsrichter, arbiter receptus, der nach ſeinem Ermeſſen entſcheiden ſoll, oder c) ein ſolcher von den Partheien gewählter, der boni viri arbitrio entſcheiden ſoll. *)

---

*) L. 76 D. pro socio (17, 2). „Arbitrorum enim genera sunt duo: unum ejusmodi, ut, sive aequum sit, sive iniquum

Zum Weſen eines judicium legitimum, welches nur innerhalb der Bannmeile und unter lauter Römiſchen Bürgern galt, war es erforderlich, daß es vor einem Einzelrichter, coram uno judice gehalten wurde.*)

2) Eine Mehrheit von Richtern.

a) Zur Zeit der legis actio war ſehr häufig ſtatt des judicium apud unum judicem, ein centumvirale judicium. Die Centumvirn ſind wahrſcheinlich die von Servius Tullius den Plebejern gegebenen Richter, die aber ſchon während der erſten Jahrhunderte der Republik in allen Beziehungen ihren urſprünglichen Character verändert zu haben ſcheinen. Vor der Einführung des Formelproceſſes ſcheinen die Centumvirn, die in mehrere consilia abgetheilt, immer collegialiſch fungirten, eine ausgedehnte, nicht ganz beſtimmt von der des unus judex geſonderte Competenz gehabt zu haben. Seit der Einführung des Formelproceſſes und gewiß auch durch dieſelbe ſank die Praxis dieſes Gerichts, deſſen Verfahren auch ſpäter noch durch die legis actio sacramenti**), niemals per for

parere debeamus, quod observatur, quum ex compromisso ad arbitrum itum est; alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat."

*) Gaj. IV, 103. 104. 105. „Omnia autem judicia aut legitimo jure consistunt, aut imperio continentur. § 104. Legitima sunt judicia, quae in urbe Roma, vel intra primum urbis Romae miliarium, inter omnes cives Romanos, sub uno judice accipiuntur; eaque lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant; et hoc est, quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori. § 105. Imperio vero continentur recuperatoria, et quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrini persona judicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quaecunque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos, quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit."

**) Gaj. IV, 31 cit.
Gaj. IV. 16 cit.

mulam eingeleitet wurde, immer mehr, was auch die Annahme unterſtützt, daß die Competenz des centumvirale judicium ſich von der des Einzelrichters nicht ſo ſehr durch den practiſchen Gegenſtand als vielmehr durch die juriſtiſche Beſchaffenheit des Proceſſes unterſchied; daß die Centumvirn da fungirten, wo der Magiſtrat ſelbſt keine überlieferte legis actio weiſen mochte. Seitdem aber durch die Ausbildung des freiern Formelproceſſes jene Verlegenheit ſeltener, das Sacrament des Centumviralgerichts immer läſtiger wurde, waren auch die Bemühungen Auguſts, dem Gerichte ſeine alte Praxis wieder zu ſchaffen, vergebens; und das faſt ausſchließlich übliche blieb das Verfahren per formulam*) vor dem unus judex, oder vor den:

b) recuperatores. So heißen gewiſſe collegialiſch fungirende Richter, denen häufig im Formelproceß das judicium zufiel.**) Auch die Competenz, wie der Urſprung dieſer iſt im Dunkeln. Sie werden in ſehr verſchiedenen Sachen, die faſt alle auch vor einem Einzelrichter verhandelt werden konnten, als Richter erwähnt; ſie entſcheiden in poſſeſſoriſchen***) und petitoriſchen Proceſſen, in vermögensrechtlichen, in Statusſtreitigkeiten. Auch erledigen ſie oft nur einzelne Zwiſchenpuncte eines Verfahrens. Aus Allem läßt ſich entnehmen, daß den Recuperatoren entweder durch Sitte und Herkommen oder durch das Ermeſſen des Magiſtrats ſolche Sachen, oder ſolche Streitpuncte einer Sache zugewieſen wurden, in welchen die Streitfrage mehr nach einem arbiträren Ermeſſen, als nach beſtimmten Rechtsregeln zu entſcheiden war, z. B. ob eine Beſitzentſetzung geſchehen ſei, ob ein vadi-

*) Gaj. IV, 20. 31 cit.

**) Gaj. IV, 105 cit.

***) Gaj. IV, 141. „Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit.“

monium gebrochen,*) ob eine mora vorgefallen, ob ein Freigelaſſener ſeinen Patron widerrechtlich in jus vocirt habe. Sie beſtimmen die Größe eines zu leiſtenden Intereſſe, ſie entſcheiden Statusfragen, wenn ſich die Entſcheidung um eine factiſche Frage, z. B. um die Ausmittlung der Zeit oder des Urhebers der Zeugung dreht; überhaupt in ſolchen Fragen, in welchen leichter Viele das Rechte treffen, als ein Einzelner.

(Beſchaffenheit der formula.)

Die ſchriftliche Formel enthielt zuerſt die Bezeichnung des Richters,**) mit dem Befehl dieſe Sache zu entſcheiden. Darauf folgte dann die Unterweiſung darüber, zwiſchen welchen Perſonen, über welche Puncte, und mehr oder minder genau beſtimmt, nach welchen Rechtsgrundſätzen er zu entſcheiden, und auf was er zu verurtheilen, und unter welchen Umſtänden er frei zu ſprechen habe. Die danach möglichen Beſtandtheile dieſer Inſtruction waren:***)

1) Die demonstratio, d. i. der Theil, welcher das Thatſächliche, die Namen der Partheien und ihre thatſächlichen Behauptungen, z. B. daß der Kläger dem Beklagten Geld geliehen, einen Sclaven verkauft, commodirt habe, ſo wie es in jure vorgebracht worden war, enthielt. †)

2) Die condemnatio, der Befehl, falls ſich gewiſſe thatſächliche Anführungen des Klägers oder falls ſich ſein Recht

---

*) Gaj. IV, 185.

**) Gaj. IV, 46. „Recuperatores sunto — si paret etc.“ Gaj. IV, 47. „Judex esto — — — quod Aulus Agerius etc.“

***) Gaj. IV, 39. „Partes autem formularum hae sunt: „demonstratio, intentio, adjudicatio, condemnatio.“

†) Gaj. IV, 40. „Demonstratio est ea pars formulae, quae praecipue ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur. Velut haec pars formulae: „Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit.“ item haec: „Quod Aulus Agerius aput Numerium Negidium hominem deposuit.“

als wahr erweiſen ſollte, den Beklagten zu verurtheilen; wenn ſie aber nicht erwieſen würden, oder wenn auch trotz gelungenem Beweiſe der Beklagte neue, die von jenem angeführten unwirkſam machende Thatſachen, z. B. ſein behauptetes pactum de non petendo, beweiſe, den Beklagten freizuſprechen. *) Der Condemnationsbefehl, welcher mehr oder minder beſtimmt gegeben werden konnte, lautete immer auf Geld, **) ſelbſt da, wo es ſich in Folge einer dinglichen Klage oder einer perſönlichen Klage um Reſtitution einer

---

*) Gaj. IV, 43. „Condemnatio est ea pars formulae, qua judici condemnandi absolvendive potestas permittitur. velut haec pars formulae: „Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna; si non paret, absolve.“ item haec: „Judex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat X milia condemna; si non paret, absolvito.“ item haec: „Judex Numerium Negidium Aulo Agerio X milia condemnato,“ et reliqua, ut non adjiciatur: „si non paret, absolvito.“

**) Gaj. IV, 48. 49. 50. 51. „Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est; itaque etsi corpus aliquod petamus .... judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat. § 49. Condemnatio autem vel certae pecuniae in formula ponitur, vel incertae. § 50. Certae pecuniae in ea formula, qua certam pecuniam petimus; nam illic ima parte formulae ita est: „Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna; si non paret, absolve.“ § 51. Incertae vero condemnatio pecuniae duplicem significationem habet; est enim una cum aliqua praefinitione, quae vulgo dicitur cum taxatione; velut si incertum aliquid petamus .... formulae ita: „Judex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat X milia condemna; si non paret, absolve.“ Diversa est, quae infinita est; velut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus, vel ad exhibendum. nam illic ita est: „Quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolvito.“

Species handelte. Hier wurde nämlich vom judex die Verurtheilung auf die beſtimmte*) Geldſumme auf den Fall, daß die Reſtitution nicht erfolge, ausgeſprochen, ſo daß der Beklagte durch die Reſtitution der Verurtheilung entging.**) Der unmittelbar practiſche Grund dieſer Sitte iſt, der Verurtheilung ein unfehlbar exequibles Object zu geben.

3) Die intentio. Obgleich eine Klage aus der demonstratio und condemnatio allein ſchon beſtehen konnte, ſo war doch häufig zwiſchen der demonstratio und condemnatio noch ein Theil, welcher intentio, intentio juris, juris civilis hieß. Das war eine Inſtruction, welche die Formel dann bekam, wenn der Richter nicht bloß, wie da, wo nur eine demonstratio und condemnatio war, die thatſächliche Wahrheit der Thatſachen ermitteln und ſofort auf den beſtimmt vom Prätor angegebenen oder von ihm zu ermittelnden factiſchen Werth verurtheilen, ſondern auch die Rechtsfrage entſcheiden ſollte, ob ein Anſpruch, eine Intention begründet ſei.***) Bei perſönlichen Klagen alſo war hier vom judex

---

*) Gaj. IV, 52. „.... judex si condemnat, certam pecuniam condemnare debet, etsi certa pecunia in condemnatione posita non sit; debet autem judex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque majoris, neque minoris summa petita condemnet: alioquin litem suam facit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet, quam taxatum sit: alias enim similiter litem suam facit. minoris autem damnare ei permissum est."

**) L. 14 § 1 D. quod metus (4, 2). „Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur. Quadruplabitur autem omne, quodcunque restitui oportuit. Satis clementer cum reo Praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare."

***) Gaj. IV, 41. „Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. velut haec pars formulae: „Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere;" item haec: „Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere." item haec: „Si paret, hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse."

zu entſcheiden, nicht bloß, was der Beklagte, ſondern ob er überhaupt nach den angeführten und erwieſenen Thatſachen ſchuldig ſei; bei dinglichen Klagen, welche niemals ohne intentio juris ſind, ob der angeſprochene Gegenſtand dem Kläger gehöre, oder nicht.

Die Formeln, in welchen keine intentio vorkam, hießen formulae in factum conceptae; die, welche eine intentio juris hatten, in jus conceptae.*) Dieſe proceſſualiſche

---

*) Gaj. IV, 45. 46. 47. „Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus. quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dare oportere, aut pro fure damnum decidi oportere: in quibus juris civilis intentio est. § 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est; sed initio formulae nominato eo, quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur; qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum Praetoris in jus vocat; nam in ea ita est: „Recuperatores sunto. Si paret, illum patronum ab illo liberto contra edictum illius Praetoris in jus vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnanto; si non paret, absolvunto.“ ceterae quoque formulae, quae sub titulo de in jus vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in jus vocatus neque venerit, neque vindicem dederit, item contra eum, qui exemerit eum, qui in jus vocatur. et denique innumerabiles ejusmodi aliae formulae in albo proponuntur. § 47. Sed ex quibusdam causis Praetor et in jus, et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est: „Judex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona ejus, id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito,“ in jus concepta est; at illa formula, quae ita concepta est: „Judex esto. si paret, Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Ne-

Eintheilung der formulae nach der Form des Verfahrens iſt keineswegs congruent mit der materiellen Eintheilung der Klagerechte nach der Art ihrer Begründung in directa (s. nominata) und in factum actio. Dieſe, wie jene konnte mit einer formula in jus oder in factum concepta ins judicium gebracht werden.

4) Adjudicatio iſt ein Beſtandtheil, welchen nur die formula in einem Theilungsproceſſe, wie communi dividundo, familiae herciscundae haben kann, durch welche der Richter bevollmächtigt wird, einem der Streitenden eine Sache zu Eigenthum oder ein jus in re zuzuſprechen. *)

§ 82.

B. Verfahren des neuern Proceſſes, extraordinarium judicium.

Auch nachdem von Diocletian und Maximian die praesides provinciae **) und von den ſpätern Kaiſern überhaupt die mit der Jurisdiction beauftragten Beamten auf die vollſtändige notio, cognitio, und Fällung des Endurtheils, überhaupt auf das officium judicis inſtruirt waren, geſchah die Einleitung des Proceſſes anfangs noch, wie nach älterm Recht, durch mündliche Ladung, denunciatio, welche der Kläger ſelbſt an den Beklagten auszubringen hatte, bis Conſtantin vorſchrieb, daß dieſelbe vorm praeses provinciae oder einer andern öffentlichen Behörde zu Protocoll gegeben werden ſolle. ***)

---

gidii Aulo Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito,“ in factum concepta est. similes etiam commodati formulae sunt.“

*) Gaj. IV, 42. „Adjudicatio est ea pars formulae, qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare; velut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum. nam illic ita est: „Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato.“

**) L. 2 C. de pedaneis judicibus (3, 3) cit.

***) L. 2 C. Theod. de denunciatione (2, 4). „Denuntiari vel

Im neuſten Recht hingegen wird der Proceß durch Einreichung einer ſchriftlichen Klage, libellus, libellus conventionis, actionis erhoben, welche neben der Aufforderung ſich an einem beſtimmten Tage vor Gericht zu ſtellen, durch einen Gerichtsdiener dem Beklagten inſinuirt wurde.

Dieſelbe Behörde, welche den libellus des Klägers entgegengenommen und dem Beklagten inſinuirt hatte, führte nun auch das Verfahren in der Weiſe bis zu Ende, daß ſie durch Zwiſchenbeſcheide, interlocutiones, unter Einhaltung gewiſſer geſetzlicher oder von ihr ſelbſt decretirter Friſten beiden Partheien Gelegenheit zur vollſtändigen Vorbringung ihrer Angriffs- und Vertheidigungsmittel, zum Beweiſe der beſtrittenen Thatſachen gab, und nach dem Reſultate dieſes Verfahrens ohne beſonders gewieſenes Recht unmittelbar nach der Norm des Geſetzes das Endurtheil ſprach.

II. Von einzelnen Hauptmomenten des Proceſſes insbeſondere.

§ 83.

A. Begriff der Klage im proceſſualiſchen Sinne.

Die Klage iſt der Antrag einer Parthei, durch welchen ſie die Entſcheidung und Hülfsvollſtreckung des Gerichts gegen eine ihr Recht verletzende Parthei angeht, ohne welchen keine Privatrechtsſtreitigkeit gültig begonnen und zu Ende geführt werden kann; denn:

1) Das Gericht kann ohne Verhandlung der Parthei kein Verfahren beginnen und ihr ſeinen Schutz aufdringen; denn das Privatrecht iſt eine Befugniß, die der Privatus willkührlich ausüben oder unausgeübt laſſen kann. Und zwar

---

apud provinciarum rectores vel apud eos, quibus actorum conficiendorum jus est, decernimus, ne privata testatio mortuorum aut in diversis terris absentium aut eorum, qui nusquam gentium sint, scripta nominibus, falsam fidem rebus non gestis affingat."

iſt dieſe Ausübung, die zur Zeit der legis actiones nur ſehr ausnahmsweiſe durch Stellvertreter geſchehen konnte, ſeit Einführung des Formelverfahrens faſt immer vertretbar.*)

2) Die Partheí kann ihre Rechte nicht eigenmächtig ohne die öffentliche Hülfe des Richters beſtimmen und ſchü-

---

*) Gaj. IV, 82. 83. 84. „Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno. alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim, quamdiu ...... legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, (nisi) pro populo et libertatis causa. § 83. Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. nam actor ita cognitorem dat: „Quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do"; adversarius ita: „Quando tu a me fundum petis, in eam rem Publium Maevium cognitorem do." potest, ut actor ita dicat: „Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do"; adversarius ita: „Quando tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do." nec interest, praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris. § 84. Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur; sed ex solo mandato, et absente, et ignorante adversario, constituitur; quinetiam sunt, qui putant, vel eum procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum; igitur etsi non habeat mandatum, agere tamen posse, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea aput judicem ostenditur."

§ 86. 87. „Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia Lucius Titius (pro) Publio Maevio agat, ita formula concipitur: „Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium milia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna; si non paret, absolve." in rem quoque si agat, intendit, Publii Maevii rem esse ex jure Quiritium, et condemnationem in suam personam convertit. § 87. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur, dominum dare oportere; condemnatio autem in ejus

tzen; denn das Privatrecht iſt eine dem Privaten durch des Staates Urtheil zuſtändige und durch des Staates Gewalt geſicherte Befugniß.

Wer mit Uebergehung des Gerichts ſich eigenmächtig zu ſeinem Recht verhilft, begeht die bei Strafe verbotene Handlung der Selbſthülfe; denn nach dem decretum Divi Marci *) und der Conſtitution der Kaiſer Valentinianus, Theodosius und Arcadius ſoll er, abgeſehen von den durch die beſondere Qualification der Handlung außerdem vielleicht begründeten Criminalſtrafen, das wirklich zuſtändige Recht verwirken, die eigenmächtige Execution des angemaßten mit dem Doppelten büßen. **)

Von dieſer ſtets verbotenen Selbſthülfe unterſcheidet ſich leicht in abstracto die eben ſo ausnahmelos erlaubte

---

personam convertitur, qui judicium accepit; sed cum in rem agitur, nihil in intentione facit ejus persona, cum quo agitur, sive suo nomine, sive alieno aliquis judicio interveniat: tantum enim intenditur, rem actoris esse.“

*) L. 7 D. ad leg. Jul. de vi priv. (48, 7). „Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente, Divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: „Optimum est, ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris; interim ille in possessione debet morari, tu petitor es, et quum Marcianus diceret: vim nullam feci; Caesar dixit: tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiae, nec dignitati tuae convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.“

**) L. 7 C. unde vi (8, 4). „Si quis in tantam furoris pervenerit audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante adventum judicialis arbitrii violenter invaserit, dominus quidem con-

Selbſtvertheidigung. Denn während Selbſthülfe die Eigenmacht des *Nichtbeſitzers* iſt, der nach dem Gange Rechtens hätte *Kläger* werden ſollen, ſo iſt Selbſtvertheidigung die Eigenmacht des *Beſitzers gegen* einen *eigenmächtigen Angriff.* Aber im *concreten* Fall kann die Entſcheidung ſchwierig ſein.*)

Die *gerichtliche* Klage nach ihrer obigen Beſtimmung enthält nun mehr oder minder explicite und ausdrücklich und in verſchiedenen Formen

1) Die *Behauptung* a) von *thatſächlichen* Begebenheiten oder Zuſtänden, auf deren Vorhandenſein der Kläger die Zuſtändigkeit eines Anſpruchs gründen will. b) Einer *Handlung* oder eines Zuſtandes des *Beklagten*, durch welche ſein Recht verletzt werde, d. i. der *thatſächliche Grund*, das ſo genannte *hiſtoriſche Fundament* der Klage.

2) Den *Glauben*, daß es eine *Rechtsregel* gebe, nach deren Urtheil er ſich in Folge der sub (a) angeführten Thatſachen *berechtigt*, durch die sub (b) angeführten in ſeinem Rechte *verletzt* erachten dürfe, d. i. der *Rechtsgrund*, das *juriſtiſche Fundament* der Klage.

3) Die *Intention*, das *Geſuch*, daß der Richter *dieſes Urtheil des Geſetzes* auf den Grund der demſelben genügenden angeführten Thatſachen hin durch *Verurtheilung* des Beklagten und demnächſt durch Hülfsvollſtreckung *für ihn wirkſam* machen möge.

In Betreff des *Rechtsgrundes* der Klage iſt zu bemerken, daß während des ordo judiciorum privatorum ſelbſt noch im

---

stitutus possessionem, quam abstulit, *restituat possessori et dominium ejusdem rei amittat.* Sin vero *alienarum* rerum possessionem invasit, *non solum* eam possidentibus *reddat*, verum *etiam aestimationem* earundem rerum *restituere* compellatur.“

*) L. 17 D. de vi (43, 16). „Qui possessionem vi ereptam vi *in ipso congressu recuperat*, in pristinam causam *reverti* potius, quam *vi possidere* intelligendus est; ideoque si te vi dejecero, *illico tu me, deinde ego te*, *Unde vi* interdictum *tibi* utile erit.“

Formelproceß der Kläger, welcher eine beſtimmte actio z. B. depositi, d. i. die Beurtheilung nach einem beſtimmten jus vom Magiſtrat impetrirt hatte, vom judex auch nur nach dieſem impetrirten jus gerichtet wurde, nicht bloß, weil angenommen wurde, er wolle eben nur nach dieſem gerichtet werden, ſondern weil der Magiſtrat nur dieſes gewieſen hatte, alſo abgewieſen wurde, wenn die condemnatio aus den angeführten Thatſachen nach Maßgabe des impetrirten jus nicht reſultirte; wenn ſie auch nach einem andern jus auf jene Thatſachen hätte gegründet werden können. Nach Aufhebung des ordo judiciorum privatorum iſt die exceptio non impetratae actionis, d. i. die Einrede, daß der angeführte Rechtsgrund der Klage nicht zuſtehe, weggefallen, und gehört es lediglich zum officium judicis, das zwiſchen dem hiſtoriſchen Fundament und der erbetenen Condemnation vermittelnde Recht zu finden, ohne Präjudiz des vielleicht vom Kläger ſpeciell gewieſenen Rechts, d. i. ohne Unterſchied, ob er ſeine Klage juriſtiſch falſch oder richtig benannt und begründet hat, wenn nur aus dem angeführten hiſtoriſchen Grund das erhobene Condemnationsgeſuch nach irgend einem jus abgeleitet werden kann.*)

Aus ähnlichen Gründen mußte zur Zeit des alten Proceſſes der Kläger, welcher Mehr forderte, als ihm in Folge des in judicium gebrachten hiſtoriſchen Grundes und des impetrirten jus zukam, welcher eine plus petitio re, causa, loco, tempore beging, nicht bloß jetzt abgewieſen, ſondern für immer ſachfällig werden.**)

---

*) L. 1. L. 2 C. de formulis et impetrationibus actionum sublatis (2, 58). „Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.“

L. 2. Nulli prorsus non impetratae actionis in majore vel minore judicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit.“

**) Gaj. IV, 53. „Si quis intentione plus complexus fue-

Aber nicht ganz conſequent und billig ſcheint es, daß ſich die alten Wirkungen der plus petitio zum größten Theil noch im neueſten Recht erhalten haben.

§ 84.

B. Die Streiteinlaſſung und weitere Vertheidigung des Beklagten.

Die Einlaſſung im weiteren Sinne iſt die gerichtliche Antwort des Beklagten auf die Klage. Die möglichen, in der Geſchichte des Proceſſes jedoch nicht immer vollſtändig geſchiedenen und in gleicher Form erſcheinenden Beſtandtheile derſelben in dieſem weiteſten Sinne ſind:

1) Die eigentliche Einlaſſung, d. i. die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit oder Unwahrheit des hiſtoriſchen Fundaments der Klage, welche jetzt, wenn ſie einräumend iſt, affirmative, bejahende Einlaſſung, wenn ſie verneinend iſt, verneinende, negative Einlaſſung genannt wird. Die negative Einlaſſung kann nun eine directe oder indirecte ſein.

a) Die directe iſt diejenige, welche unmittelbar die vom Kläger angeführte Thatſache verneint, das Jetztvorhandenſein derſelben unmittelbar deshalb leugnet, weil ſie niemals geſchehen und geweſen ſei, z. B. „er habe niemals das vom Kläger behauptete Darlehn erhalten.“

b) Die indirecte iſt da, wo der Beklagte das Jetztvorhandenſein des hiſtoriſchen Fundaments mittelbar dadurch leugnet, daß er eine ſolche Thatſache behauptet, welche eine ſolche Thatſache, wie das klägeriſche Fundament ipso jure, von Rechtswegen ganz und gar vernichtet, z. B. „das allerdings empfangene Darlehn ſei von ihm ſolvirt, es ſei novirt.“

2) Das Leugnen des vom Kläger gewählten oder irgend

---

rit . . . . . . rem perdit, nec a Praetore in integrum restituitur.“

Gaj. IV, 53—68.

eines rechtlichen Grundes der Klage, die Behauptung, daß auf die angeführten Thatſachen, auch wenn oder obgleich ſie wahr ſeien, der erhobene Anſpruch gar nicht oder nicht in allen Beziehungen, ſowie er geſtellt, gegründet werden könne.

3) Die eigentliche Einrede, exceptio, die Anführung einer Thatſache, wegen welcher das in ſeiner Exiſtenz an ſich weder direct noch indirect geleugnete Klagfundament doch hier und ſo nicht zu einer Verurtheilung führen könne.

§ 85.

A. Litis contestatio.

Zur Zeit des älteſten Proceſſes durch legis actio hatte der Beklagte ſeine vollſtändige Antwort auf die Klage und darin auch die Einlaſſung im engern Sinne ſchon in jure vor dem Magiſtrat vorzubringen. Wenn dieſe Antwort vollſtändig erfolgt und damit alſo die beſtimmte Streitanhängigkeit vorhanden, alſo die Sache zum judicium reif, d. i. ordinatum judicium war, ſo wurden von jeder von beiden Partheien ihre mitgebrachten Zeugen aufgefordert, über die lis, darüber daß und Wie der Streit unter ihnen anhängig gemacht worden, im judicium, in welches jetzt die Sache gelangte, Zeugniß zu leiſten. Dieſe Aufforderung zu dieſer Zeugnißleiſtung iſt es allein, was urſprünglich litem contestari, litis contestatio*) heißt.

Die Antwort des Beklagten konnte damals nichts enthalten, als Geſtändniß oder eine eigentliche negative Einlaſſung d. i. directes oder indirectes Leugnen des hiſtoriſchen Fundaments, oder des Rechtes der Klage ſelbſt; denn Einreden gab es noch nicht.**) Zur Zeit des Formel-

*) Festus s. v. contestari. „Contestari est, cum uterque reus dicit: Testes estote.“ „Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote.“

**) Gaj. IV, 108. cit.

proceſſes geſchah die Einlaſſung des Beklagten und die übrige Antwort auf die Klage, wie ehemals, in jure, und bildete den Schluß dieſes Verfahrens. Und von dieſem Zeitpunct an, der ehemals durch das wirkliche contestari der Partheien, jetzt durch die Ausfertigung der ſchriftlichen formula, welche jenes Zeugniß überflüſſig machte, kenntlich war, hieß es, daß lis contestata ſei, d. h. daß die beſtimmte, ſpecielle Streitanhängigkeit mit ihren Folgen vorhanden ſei.

Zur Zeit des extraordinarium judicium war dieſer Moment der lis contestata dann, wenn der Beklagte vor dem Richter ſeine Erwiderung auf die Klage vorgebracht hatte, und ſomit gewiß war, daß und wie geſtritten werden ſolle,*) alſo in dem Moment vorhanden, wo nach älterm Verfahren das judicium begonnen haben würde.

Schon vom Formelproceß an konnte die die beſtimmte Anhängigkeit herbeiführende Antwort des Beklagten außer der eigentlichen Einlaſſung noch eigentliche Einreden, exceptiones enthalten, und werden von da an ſchon dieſe beiden möglichen Beſtandtheile wegen ihrer in vielen Beziehungen verſchiedenen juriſtiſchen Natur immer beſtimmter geſchieden.

Die Einreden kann der Beklagte, da ſie allein zu ſeiner Vertheidigung und zu ſeinem Nutzen ſind, willkührlich unbenutzt laſſen. Die eigentliche Einlaſſung aber, da ſie dem Richter unentbehrlich iſt, um den Stand des Streites zu erkennen, und darauf durch Beweiserkenntniß oder Enderkenntniß weiter zu procediren, iſt in dem Grade nothwendig, daß ſie

---

*) L. unic. C. de litis contest. (3, 9). „Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, quum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.“

im Fall der Contumaz des Beklagten nach gehöriger Aufforderung als geſchehen fingirt, und darauf im Contumacialverfahren weiter procedirt wird.*)

Im älteren Rechte wurde die Streitanhängigkeit, die Litiſpendenz rückſichtlich aller in ihrer Natur begründeten Folgen erſt von dem Moment der mit der litis contestatio vorhandenen beſtimmten Streitanhängigkeit als daſeiend angenommen. Von der claſſiſchen Zeit an ſind die meiſten dieſer Wirkungen ſchon mit der controversia mota d. h. mit der durch die außergerichtliche denunciatio ſchon vorhandenen unbeſtimmten Streitanhängigkeit vorhanden.

1) Erſt von der litis contestatio an**) geht auch nach neuſtem Recht der Proceß auf die Erben des Klägers wie des Beklagten über, denn erſt in der Gewißheit, daß und wie man mit einander ſich dem Richterſpruch ſubmittiren wolle, liegt das dieſen Uebergang rechtfertigende quaſicontractliche Verhältniß.

2) Nach älterm Recht gleichfalls erſt durch die litis contestatio, nach neuerm Recht aber ſchon durch die controversia mota wird der Beklagte 1) immer in moram***)

---

*) L. 8 C. Quomodo et quando judex (7, 43). „Consentaneum juri fuit, temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis, praesidem provinciae, impleta juris solemnitate, et adversario tuo ternis literis vel uno pro omnibus peremtorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveravit, praesentis allegationes audire; quod vel successor ejus facere curabit. A quo ter citatus, si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit, non abs re erit, vel ad cogendum eum, ut se repraesentet, possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre, et adversarium petitorem constituere, vel auditis defensionibus tuis id, quod juris ratio exegerit, judicare.“

**) L. 58 D. de O. et A. (44, 7). „Sciendum est, ex omnibus causis lites contestatas et in heredem similesque personas transire.“

***) L. 82 § 1 D. de verborum obl. (45, 1). „Si post moram pro-

verſetzt, denn ſchon ſie enthält eine dazu genügende Mahnung. 2) Bei dinglichen Klagen wird er a) in eine Art der mala fides verſetzt.*) Er kann ſich nicht damit entſchuldigen, daß er in ſeiner ſubjectiven Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit ſeines Beſitzes durch die gegen ihn erhobene Klage nicht erſchüttert worden ſei; denn nur eine auf vernünftigen Gründen ruhende irrthümliche Ueberzeugung wird im Rechte entſchuldigt. Ein vernünftiger Mann würde ſich der objectiv gültigen Meinung des Richters angeſchloſſen haben. Dieſer aber muß vom Augenblick der erhobenen vindicatio bis zu entſchiedener Sache über das Recht des Klägers wie über das Recht des Beſitzers zweifeln. Weil aber dieſer Zweifel, die mala fides, die einem von Anfang bona fide Beſitzenden durch die controversia mota zuſtößt, eine geringere iſt, als die des praedo, des eigentlichen malae fidei possessor von Anfang an, ſo iſt die Haftung des erſtern in Rückſicht des casus und der fructus percipiendi auch geringer, als des letztern; doch muß er für omnis culpa einſtehen, denn er weiß, daß er mit einer fremden Sache zu thun hat.

Es giebt, wie und weil es Grade der bona fides giebt, auch Grade der mala fides. Es giebt eine poſitive bona

---

missoris homo decesserit, tenetur nihilominus proinde, ac si homo viveret; et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere."

*) L. 25 § 7 D. de hereditat. petit. (5, 3). „Si ante litem contestatam, inquit oratio Divi Hadriani, fecerint; hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam. Quamquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur; coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur; qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur; hic est enim dolus praeteritus."

fides, die auf einem nach beſtem Meinen vorhandenen Titel gegründet iſt, welche zur ordentlichen Erſitzung berechtigt; und eine geringere bona fides, die allein keine poſitive mala fides iſt, die zur außerordentlichen Erſitzung berechtigt. Es giebt eine poſitive mala fides, die auf dem poſitiven Wiſſen des Nichtrechts gegründet iſt, die zur abſoluten Haft für die Sache verpflichtet, eine geringere mala fides, die keine bona fides mehr iſt, welche den Beſitzer verpflichtet, ungefähr wie für eine creditirte Sache zu haften. b) Die vindicirte Sache kann von der controversia mota an als ſchon res litigiosa nicht gültig veräußert werden. *)

§ 86.

B. Einrede, Exceptio.

Dieſe erſt durch den Formelproceß eingeführte und durch ihre Faſſung in die Formel benannte Art der Vertheidigung des Beklagten war urſprünglich die Berufung auf eine Thatſache, durch welche nach dem Ermeſſen des Prätors die Verurtheilung ausgeſchloſſen wurde, wo ſie nach dem überlieferten Civilrecht hätte erfolgen müſſen, und deshalb wurde ſie vom Prätor, officio Praetoris, in der Formel dem judex im Condemnationsbefehl zur beſondern Achtung geſtellt, **) wogegen die ipso jure vernichtenden

---

*) L. 3 D. de litigiosis (44, 6). „Rem, de qua controversia est, prohibemur in sacrum dedicare, alioquin dupli poenam patimur; nec immerito, ne liceat eo modo duriorem adversarii conditionem facere. Sed duplum utrum fisco, an adversario praestandum sit, nihil exprimitur. Fortassis autem magis adversario, ut id veluti solatium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.“

**) Gaj. IV, 116—119. „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur; saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari; velut si stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti

Einwendungen, ſofern ſie von den Partheien in judicio vorgebracht wurden, zu berückſichtigen von ſelbſt officium judicis war. Nachdem einmal dieſer Begriff einer relativen Vernichtung, einer Unwirkſammachung der Klage durch das Edict aufgeſtellt war, behielt denſelben auch das ſpätere Civilrecht in materieller Hinſicht bei, wiewohl die formelle Unterſcheidung der exceptio von der indirecten Verneinung der Klage mit den formulae aufhörte.

In dieſer neuſten Geſtalt kann die Einrede definirt werden als die Anführung einer Thatſache, auf deren Grund der Beklagte die Abweiſung der noch nicht vernichteten Klage fordert. Sie unterſcheidet ſich a) von der directen negativen Einlaſſung dadurch, daß während dieſe von dem vom Kläger angeführten Fundament nur behauptet, daß es niemals exiſtirt habe, die Einrede eine neue Thatſache aufſtellt; b) von der indirecten Verneinung der Klage, z. B. durch Berufung auf Solution, Novation, welche, wie die Einrede, eine neue Thatſache behauptet,

---

posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere. § 117. In his quoque actionibus, quae non in personam sunt, exceptiones locum habent. velut si metu me coegeris, aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio darem .... si eam rem a me petas, datur mihi exceptio, per quam, si metus causa te fecisse vel dolo malo arguero, repelleris. item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omnimodo summoveris. § 118. Exceptiones autem alias in edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat; quae omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione Praetoris proditae sunt. § 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia adfirmat is, cum quo agitur. nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: „Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat.“

iſt ſie dadurch verſchieden, daß, während dieſe eine Vernichtung der Klage enthält, die Einrede nur Unwirkſamkeit der Klage behauptet. Keineswegs aber braucht das Fundament der Einrede immer der Zeit nach ſpäter geſchehen zu ſein, ſondern kann, wie das Fundament der indirecten Verneinung der Klage, gleichzeitig mit dem Fundament der Klage, oder demſelben vorhergehend Statt gehabt haben.*)

Die Einreden ſind rückſichtlich der Dauer ihrer Zuſtändigkeit für den Beklagten entweder dilatoriae s. temporales oder peremtoriae s. perpetuae.**)

1) Peremtoriae ſind diejenigen, welche dem Beklagten für immer zuſtehen, welchen der Kläger durch keinen Aufſchub der Klage entgehen kann.***)

2) Dilatoriae exceptiones ſind die dem Beklagten nur eine Zeitlang zuſtändigen, welche alſo der Kläger durch gehörigen Aufſchub der Klage vermeiden kann.†)

---

*) Vgl. § 58 p. 439.

**) Gaj. IV, 120. „Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae, aut dilatoriae.“

***) Gaj. IV, 121. „Peremptoriae sunt, quae perpetuo valent, nec evitari possunt; velut quod metus causa, aut dolo malo, aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res judicata est, vel in judicium deducta est; item pacti conventi, quo pactum est, ne omnino pecunia petatur.“

†) Gaj. IV, 122. „Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus nocent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio; cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae; nam si quis partem rei petierit, et intra ejusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios judices . . . ., si intra ejusdem praeturam de his, quae ita distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur.“

Wenn jedoch der Kläger dieſe Vorſicht verſäumt, und zu früh klagend durch ſolche Einrede zurückgewieſen wird, ſo bewirkt dieſe wirklich vorgebrachte dilatoria, grade ſo wie die peremptoria eine exceptio rei judicatae, welche jede ſpätere Wiederholung der Klage vereitelt.*)

§ 87.

C. Replik und Duplik; Replicatio, Duplicatio etc.

Wie der Beklagte der Klage entweder durch Leugnen derſelben, oder durch eine wahre Einrede begegnen kann, ſo kann auch der Kläger entweder die Einrede bloß leugnen, oder dieſelbe durch Anführung einer neuen Thatſache, welche dann replicatio heißt, unwirkſam machen.**) Wenn auf dieſe in gleicher Weiſe der Beklagte erwidert, ſo iſt das eine duplicatio, der wieder eine triplicatio entgegengeſetzt werden kann.***)

---

*) Gaj. IV, 123. „Observandum est autem ei, cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si objecta exceptione egerit, rem perdit; nec enim post illud tempus, quo integra re, evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest, re in judicium deducta et per exceptionem perempta."

**) Gaj. IV, 126. „Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat actori, quod cum accidit, alia adjectione opus est adjuvandi actoris gratia: quae adjectio replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis, nam si verbi gratia pactus sim tecum, ne pecuniam, quam mihi debes, a te peterem, deinde postea in contrarium pacti simus, id est, ut petere mihi liceat, et, si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris, si non convenerit, ne eam pecuniam peterem; nocet mihi exceptio pacti conventi, namque nihilominus hoc verum manet, etiamsi postea in contrarium pacti simus; sed quia iniquum est, me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto hoc modo: „Si non postea convenerit, ut eam pecuniam petere liceret."

***) Gaj. IV, 127. 128. 129. „Interdum autem evenit, ut rursus replicatio, quae prima facie justa sit, inique reo

§ 88.

D. Beweis.

Die Anführungen der Partheien, welche den Gegenſtand der richterlichen Entſcheidung bilden ſollen, enthalten theils thatſächliche Behauptungen in dem hiſtoriſchen Fundament der Klagen, Einreden, Repliken und Dupliken, theils explicite oder implicite Behauptungen von Rechtsſätzen in ihren juriſtiſchen Fundamenten.

Die Rechtsregeln, nach welchen geurtheilt werden ſoll, muß der Richter ſelbſt wiſſen und finden. Wenn aber die Thatſachen, welche die Partheien vorgebracht haben, durch Leugnen der Gegenparthei zweifelhaft und deshalb des Beweiſes bedürftig ſind, ſo gehört es ferner zum officium judicis zu entſcheiden, welcher von beiden Partheien die Beweislaſt obliege, cui incumbat probatio. Er wird aber der Parthei den Beweis auflegen, welche eine für ſie ſelbſt vortheilhafte, zur Durchſetzung ihres rechtlichen Begehrens, ſei dieſes nun Verurtheilung des Beklagten, Abweiſung der Klage, Abweiſung der Einrede oder Abweiſung der Replik, juriſtiſch relevante, vom Gegner geleugnete, neue, poſitive oder negative Thatſache*) behauptet hat. So daß derjenige, welcher im juriſtiſchen Sinne wirklich bloß direct leugnet, niemals den Beweis des Nichtſeins des Geleugneten führt,**) der Beklagte aber, ſofern er wahre Einreden vorbringt, oder was in Beziehung

---

noceat, quod cum accidit, adjectione opus est adjuvandi rei gratia, quae duplicatio vocatur. § 128. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus adjectione opus est, qua actor adjuvetur, quae dicitur triplicatio. § 129. Quarum omnium adjectionum usum interdum etiam ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introduxit."

*) L. 25 pr. § 1 D. de probationibus. (22, 3) cit. pag. 408.

**) L. 2 D. de probationibus (22, 3), „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat."

auf Beweislaſt der Einrede gleich gilt, durch Anführung einer neuen Thatſache, z. B. solutio, novatio, acceptilatio, compensatio nur indirect das Fundament der Klage leugnet, d. i. deſſen Vernichtung behauptet, dieſe von ihm vorgebrachte, dahin wirkende Thatſache grade ſo beweiſen muß, wie der Kläger die ſeinige.

Die gewöhnlichſten Beweismittel ſind: Zeugen,*) Urkunden**) und der Eid, jusjurandum, juramentum. Unter dieſen Eiden ſind die häufigſten und allgemein anwendbaren:

1) Das jusjurandum necessarium, welches der Richter nur in Ermangelung anderer Beweismittel bei ſchon zum Theil vorhandenem alſo noch unvollſtändigem Beweiſe auflegt; und zwar entweder ſo, daß er dem Beweisführer auflegt, durch ſeinen Eid ſeinen mangelhaften Beweis zu vervollſtändigen (suppletorium) oder der Gegenparthei befiehlt, durch ihren Eid den mangelhaften Beweis des Gegners gänzlich wegzuräumen (purgatorium). Die Verweigerung des Eides hat im erſten Fall das gänzliche Mißlingen, im zweiten das Gelingen des Beweiſes zur Folge.

---

*) L. 1 D. de testibus (22, 5). „Testimoniorum usus frequens ac necessarius est, et ab his praecipue exigendus, quorum fides non vacillat. § 1. Adhiberi quoque testes possunt non solum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis litibus, sicubi res postulat, et hi, quibus non interdicitur testimonium, nec ulla lege a dicendo testimonio excusantur. § 2. Quamquam quibusdam legibus amplissimus numerus testium definitus sit, tamen ex Constitutionibus Principum haec licentia ad sufficientem numerum testium coarctatur, ut judices moderentur, et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur.“

**) L. 1 D. de fide instrumentor. (22, 4). „Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest; et ideo tam testimonia, quam personae instrumentorum loco habentur.“

2) Das jusjurandum voluntarium s. delatum,*) welches die Parthei ſelbſt als Beweismittel wählt, jedoch nicht ſo, daß ſie das Daſein der ihr zum Beweiſe verſtellten Thatſache ſofort durch ihren eignen Eid erweiſen dürfte.**) Dieſer Eid wird vielmehr in der Weiſe gebraucht, daß die beweisführende Parthei der Gegenparthei den Eid zuſchiebt, defert jusjurandum, d. i. ihr freiſtellt, durch ihren auf das Gegentheil des Beweisthemas gefaßten Eid das Nichtſein der zu beweiſenden Thatſache darzuthun. Wenn die letztere dann a) den ihr deferirten Eid zu ſchwören recuſirt, ſo iſt der Beweis des Deferenten gelungen, wenn ſie b) denſelben ſchwört, ſo iſt er mißlungen; wenn ſie aber c) ſtatt des Einen oder Andern, wie ihr zuſteht, den Eid dem Deferenten zurückſchiebt, refert jusjurandum, ſo wird dieſer α) durch die Annahme und Ableiſtung des referirten Eides ſeinen Beweis führen, oder β) durch die Recuſation deſſelben ſachfällig werden.

§ 89.

E. Das rechtskräftige Endurtheil; Res judicata.

Rechtskräftig iſt ein richterlicher Spruch, sententia, welcher nicht wegen eines weſentlichen juriſtiſchen Mangels in materieller oder formeller Hinſicht nichtig, ipso jure nulla iſt, und nicht mehr durch Appellation an ein höheres Gericht angefochten werden kann. Sobald das den Streit

---

*) L. 1 D. de jurejurando (12, 2). „Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex auctoritate judicis deciduntur controversiae.“

**) L. 3 pr. D. de jurejur. (12, 2). Ait Praetor: „Si is, cum quo agetur condicione delata juraverit;“ eum, cum quo agetur, accipere debemus ipsum reum. Nec frustra adjicitur „conditione delata,“ nam si reus juravit nemine ei jusjurandum deferente, Praetor id jusjurandum non tuebitur, sibi enim juravit; alioquin facillimus quisque ad jusjurandum decurrens, nemine sibi deferente jusjurandum, oneribus actionum se liberabit.“

entſcheidende Endurtheil dieſe Eigenſchaft hat, iſt res judicata vorhanden, die Sache iſt endlich abgeurtheilt, d. i. das Urtheil bildet unabänderliches Recht zwiſchen denen, die es angeht. (Res judicata jus facit inter partes.)*)

Dieſe Wirkung der res judicata iſt nur für die Partheien**) und deren Erben, und ſolche, die außerdem durch Succeſſion***) oder Vertretung in dieſer Beziehung als eine Perſon mit ihnen gelten müſſen.

1) Die Wirkung des freiſprechenden Endurtheils war für den Beklagten nach altem civilen Proceß, daß er ipso jure liberirt wurde. Im Formelproceß wurde er entweder auch noch ipso jure liberirt, oder er erwarb, wie im neueſten Rechte immer der Fall, die peremptoria exceptio rei judicatae, welche ihn gegen jede wiederholte Verhandlung der Sache ſchützte.†) Dieſelbe Sache aber iſt dann vorhanden, wenn derſelbe Kläger von demſelben

---

*) L. 1 D. de re jud. (42, 1). „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit, quod vel condemnatione, vel absolutione contingit.“

**) L. 63 pr. D. h. t. (42, 1). „Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare.“

***) L. 9 § 2 D. de exc. rei jud. (44, 2). „Julianus scribit, exceptionem rei judicatae a persona auctoris ad emtorem transire solere, retro autem ab emtore ad auctorem reverti non debere.“

†) Gaj. IV, 107—108. „At vero (si) legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem, vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae. § 108. Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum.“

Beklagten denſelben Gegenſtand aus demſelben Grunde fordert. *)

2) Die Wirkung des condemnatoriſchen Urtheils iſt für den Kläger der Anſpruch auf Vollſtreckung, welchen er unter Einhaltung geſetzlicher oder richterlicher Friſten durch die actio judicati geltend macht. **)

Die Executionsmittel ſind den Umſtänden gemäß nach Billigkeit und Nützlichkeit verſchieden, z. B. Pfändung, ***) Immiſſionen oder Ermiſſionen, nöthigenfalls auch durch militäriſche Gewalt. †)

§ 90.

F. Insbeſondere vom Verfahren gegen einen inſolventen Schuldner.

Nach dem älteſten Recht hatte der Gläubiger gegen den verurtheilten Schuldner, welcher die 30tägige Zahlungsfriſt nicht

---

*) L. 3 D. de exc. rei jud. (44, 2). „Julianus libro tertio Digestorum respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur; et ideo etsi singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur."

**) Gaj. III, 180. „Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; set si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa judicati teneri; et hoc (est), quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere."

L. 6 § 3 D. de re jud. (42, 1). „Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet; item heredi et in heredem competit."

***) L. 15 D. de re jud. (42, 1).

†) L. 68 pr. D. de rei vind. (6, 1). „Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur."

einhielt und nicht durch einen geſetzmäßig guten Bürgen, vindex, losgeſagt wurde, das Recht denſelben gefeſſelt in ſeine Haft zu nehmen. *) Ob der Schuldner nicht zahlen konnte oder wollte, machte keinen Unterſchied; niemals konnte das Vermögen direct angegriffen werden. Wenn dann nach dreimaligem Aufgebot, welches der Gläubiger innerhalb einer neuen Friſt an drei verſchiedenen öffentlichen Markttagen ergehen laſſen mußte, noch kein vindex den Schuldner befreite, ſo wurde dieſer dem Gläubiger als Eigen wie ein Sclave zugeſprochen.

Wenn der Gläubiger mehrere waren, denen er gleichzeitig zugeſprochen werden mußte, ſo konnten ſie mit ihm durchaus nach Belieben, wie mit einer gemeinſchaftlichen Sache, ſchalten. Dazu giebt ihnen das Geſetz der XII Tafeln ausdrücklich die Befugniß, wenn es ſagt, daß ſie ihn ſogar in Stücke zerſchneiden, und unter ſich theilen dürfen. **)

Nach der lex Poetelia Papiria, welche die Execution gegen das Vermögen einführte, wurde dieſe im Falle der Inſolvenz in der Weiſe bewerkſtelligt, daß dem einen oder den mehreren Gläubigern auf ihr Anſuchen vom Magiſtrate eine Einweiſung in den Beſitz des ganzen Vermögens des Schuldners eine immissio in bona, eine bonorum possessio gewährt wurde. Die Gläubiger wählten dann aus ihrer Mitte einen magister s. curator bonorum vendendorum, welcher die Güter des Schuldners zum öffentlichen Verkaufe aus-

---

*) Gaj. IV, 21 cit.
Gell. XV, 13. XX, 1. „Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto“ — „post deinde manus injectio esto“ — „ni judicatum facit, aut quis endo eum jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus quindecim pondo ne minore at si volet majore vincito.“

**) Gell. XX, 1. „Nam si plures forent, quibus reus esset judicatus, secare si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes, invidiam me istam forte formidare: „Tertiis, inquit, nundinis partes secanto; si plus minusve secuerint, se fraude esto.“

zubieten, proscribere, und demnächſt dem Meiſtbietenden zuzuſprechen hatte. *) Der Verkauf geſchah aber nicht Stückweiſe, ſondern mit dem Vermögen im Ganzen in der Weiſe, daß der Käufer den verkaufenden Gläubigern Procente ihrer Forderungen als Pretium bot und zahlte, und dafür nicht bloß die körperlichen Objecte des Vermögens zu bonitariſchem **) Eigenthum, ſondern auch das Recht die ausſtehenden Forderungen einzutreiben ***) und ein interdictum adipiscendae possessionis †) auf die Geſammtheit der Gü-

---

*) Gaj. III, 77. 78. 79. „Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bonorum competit. § 78. Bona autem veneunt aut vivorum, aut mortuorum; vivorum velut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Julia bonis cedunt; item judicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto Praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium justum successorem existere. § 79. Si quidem vivi bona veneant, jubet ea Praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si vero mortui, post dies XV; postea jubet convenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est, eum, per quem bona veneant.“

**) Gaj. III, 80. „Neque bonorum possess . . . . . . pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; . . . autem ita demum adquiruntur, si usucapiuntur.“

***) Gaj. IV, 35. „Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit, set interdum et alio modo agere solet; nam ex persona ejus, cujus bona emerit, sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a Praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est; superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.“

†) Gaj. IV, 145. „Bonorum quoque emtori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium vocant.“

ter erwarb. Aus dieſer Art des Verfahrens folgt, daß unter den Gläubigern kein Vorzugsrecht in der Befriedigung galt, ſondern jeder nach Maaßgabe der vom emtor bonorum gebotenen Procente pro rata befriedigt wurde.

Als nun allmählig ſogenannte privilegia exigendi, d.i. Forderungen mit einem Vorzugsrechte vor andern aufkamen, wie z. B. die Dotalforderung, wurde, wo ſich ſolche fanden, ſtatt des Geſammtverkaufes der Einzelverkauf angewandt, und endlich dieſe Art des Verkaufes allein üblich. Aus der durch dieſen und durch die vom magister bonorum gleichfalls zu beſchaffende Exaction der Forderungen des inſolventen Schuldners gebildeten Concurscaſſe, wurden dann nach der Ordnung ihres Privilegium die bevorzugten Gläubiger erſt vollſtändig, ſodann aus dem Reſte die nicht bevorzugten Gläubiger pro rata befriedigt.

Sowohl bei der neuen als bei der alten Art der bonorum venditio mußten es ſich die Gläubiger und Käufer gefallen laſſen, daß diejenigen, welche ein vom inſolventen Schuldner ſelbſt oder von einem Dritten gültig beſtelltes Pfandrecht an einem Vermögensobject des erſteren hatten, dieſes mit der dinglichen actio hypothecaria eben ſo aus dem Vermögen herauszogen,*) wie der Eigenthümer einer factiſch in jenem Vermögen befindlichen Sache dieſe durch ſeine rei vindicatio evincirte.

Die Folge des auf Antrag der Gläubiger eröffneten Inſolvenzverfahrens iſt für den Schuldner die Infamie, weil

---

*) L. 6 C. de bonis auctoritate judicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum (7, 72). „Pro debito creditores addici sibi bona sui debitoris non jure postulant. Unde siquidem debitoris tui ceteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos, quam te, chirographarium creditorem, haberi non ambigitur. Quodsi specialiter vel generaliter nemini probentur obligatae, ac sine successore communis debitor vel ejus heres decessit, non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest.“

er mit Recht des dolus ſchuldig gilt. Daher iſt es dem durch Unglücksfälle verarmten Schuldner geſtattet, durch freiwillige Erklärung ſeiner Inſolvenz und Ueberlieferung ſeiner Güter an die Gläubiger, cessio bonorum, der Infamie und andern Nachtheilen*) der verheimlichten Inſolvenz zu entgehen; und ſoll er ſogar, wenn er wieder hinlängliches Vermögen erworben hat,**) um von Neuem von den noch nicht befriedigten Gläubigern belangt werden zu können, dieſen nur, in quantum facere potest, verurtheilt werden.

Drittes Buch.

Familienrecht.

Begriff des Familienrechts.

In der Periode des noch unvollkommenen natürlichen Rechtes, in welchem noch alle Gegenſätze der übernatürlichen ſittlichen Welt gebunden ſind, noch der entwickelten, ſelbſtſtändigen Geſtaltung und alſo auch der ſelbſtſtändigen Weſenheit entbehren, iſt auch der Gegenſatz von Familie und Vermögen rechtlich noch nicht vorhanden. In der einen ununterſchiedenen Familiengewalt, patrimonium, manus genießt das bloße Vermögen in der Verſchwiſterung mit den Perſonen eine nur dieſen zukommende Integrität und

---

*) L. 11 C. ex quib. caus. infamia (2, 12). „Debitores, qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierunt, infames non fiunt.“

L. 1 C. qui bonis cedere possunt (7, 71). „Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem.“

**) L. 3 C. de bonis auctoritate judicis (7, 72). „Ex contractu, qui cessionem rerum antecessit, debitorem contra juris rationem convenies, quum eum aequitas auxilio exceptionis muniat. At tunc demum iterato possis desiderare conventionem, quum tantum postea quaesivit, quod praesidem ad ejus rei licentiam debeat promovere.“

Individualität, leidet die angehörige Perſon eine nur an der Sache zuläſſige Willkühr und Venalität.

Wie die Geſchichte des Vermögensrechts das allmählige Innewerden und Darſtellen der Dienſtbarkeit, Unterworfenheit, Theilbarkeit, Veräußerlichkeit und Vertretbarkeit der Sache iſt, ſo iſt die Geſchichte des Familienrechts die allmählige Befreiung der Perſon aus den Schranken fremder Willkühr zur rechtlich garantirten Individualität und Selbſteigenthümlichkeit, zur Perſönlichkeit.

Den Inhalt ſchuf hier wie allenthalben die Sitte unmittelbar. Der Familienherr verzichtete factiſch auf die ihm formell rechtlich von Anfang her zuſtehende Willkühr. Er unterſchied urſprünglich die Behandlung der eignen Perſonen von der der eignen Sachen und ſchied weiter die verſchiedenen Arten der Eigenheit der Perſonen, d. i. der Verwandtſchaft. Dieſer Sitte kam die Rechtsgeſetzgebung befeſtigend und läuternd nur zur Hülfe; das Reſultat unmittelbarer ſittlicher Geſetzgebung wurde, ſo weit es und ſeitdem es nöthig und möglich war, in die Sphäre des erzwingbaren Rechtsgeſetzes aufgenommen, und dadurch die Familienverhältniſſe aus bloß ſittlichen in Rechtsverhältniſſe verwandelt. Urſprünglich aber war das weder nöthig, noch möglich.

Betrachten wir das Ziel, das die Geſchichte einſt als ein noch zu erreichendes und erſt darzuſtellendes in ſich verſchloß, das entwickelte Familienverhältniß abſtract in ſeinem Verhältniß zum ausgebildeten Vermögensrecht, ſo iſt das Familienverhältniß ein Verhältniß urſprünglich und abſolut vereinter, d. h. verwandter, einander liebender, integrirender Perſonen, ein unauflösliches, innerliches, das Vermögensverhältniß ein willkührliches, äußerliches Verhältniß. Das Familienverhältniß, da es ein directes Verhältniß von Perſon zu Perſon iſt, da es die Perſon als ſolche, das Rechtsſubject zum Object hat, iſt ein gegenſeitiges, beſchränktes. Das Vermögensrecht iſt ein einſeitiges, abſolutes Recht. Das Familienrecht

iſt zwar nach außen ſchlechthin dinglich, d. h. unmittelbar, und von Jedermann Anerkennung fordernd, aber doch kein Eigenthum oder jus in re, weil es nicht eine Sache, ſondern eine Perſon zum Gegenſtande hat; es iſt an ſich zwar gegen eine einzelne beſtimmte Perſon gerichtet, aber doch keine Forderung, obligatio, weil es nicht wie dieſe eine einzelne, beſtimmte, veräußerliche Aeußerlichkeit der Perſon, ſondern die totale, unvertretbare Perſon, in ihrer unbeſtimmbaren, freien Individualität zum Gegenſtande hat.

Die reinen Familienverhältniſſe, von denen das Geſagte gilt, können aber allerdings gewiſſe nirgend ſonſt als in Verbindung mit ihnen vorkommende, aber an ſich reine Vermögensverhältniſſe, wie z. B. das Dotalrecht, Peculienrecht veranlaſſen, welche nicht paſſend das angewandte Familienrecht genannt, aber am paſſendſten in Verbindung mit den ſie begründenden Familienverhältniſſen abgehandelt werden.

Die einzelnen Verhältniſſe des Familienrechts in ſeiner hiſtoriſchen Geſammtheit ſind: die Ehe, die väterliche Gewalt, Sclaverei, das Verhältniß des in mancipio esse, die Vormundſchaft.

Erſtes Capitel.

Eherecht.

§ 1.

Allgemeiner Begriff der Ehe.

Da die Ehe die Wurzel der Familie, alſo des Staates, und zwar die unmittelbare, natürliche und als ſolche der Rechtsgeſetzgebung zum Theil ganz unerreichbar iſt, ſo iſt daraus ihr gewaltiges Moment für das Gedeihen und die Wohlfahrt des Staats einleuchtend. Es kann kein feſter Staat entſtehen und beſtehen ohne eine ſittliche Auffaſſung der Ehe und der Familie, ohne daß das Weſen der Ehe in ſeiner Reinheit und Feſtigkeit herrſcht. Das thut es nur, wo es unmittelbar von ſelbſt ohne Rechtsgebot allgemeines Daſein und Geltung hat. Das Rechtsgeſetz kann hier,

vorſichtig angewandt, lange ſchützen und feſthalten, was von ſelbſt da iſt, aber zu keiner Zeit eine ſittliche Welt ſchaffen, wo ſie ganz fehlt.

Für den Römiſchen Staat kann auf eine ſolche urſprüngliche Auffaſſung der Ehe nicht bloß aus den Reſultaten ſeiner politiſchen Entwicklung geſchloſſen werden, ſondern auch nach der unmittelbaren Darſtellung der Sittengeſchichte und Rechtsgeſchichte überragt das Römiſche Volk in dieſer Beziehung weit alle Völker des Alterthums.

Das Weſen der Ehe kann allgemein bezeichnet werden als die totale Vereinigung zweier Perſonen verſchiedenen Geſchlechts, d. i. zur Gründung einer Familie.

Es ſind hier nicht einzelne Aeußerungen und Vermögen der Perſon, welche vertragen werden, ſondern die eigentlichen Perſonen in ihrer ſittlichen Totalität. Als totale Vereinigung enthält die Ehe unmittelbar Gegenſeitigkeit, in welcher der Gegenſatz von Recht und Pflicht aufhört, als ſolche Ausſchließlichkeit; die ſittliche Geſchlechtsverbindung der Ehe iſt weſentlich monogamiſch. Als ſolche enthält ſie ewige Dauer; als ſolche enthält ſie auch die natürliche Vereinigung, d. i. Vereinigung zur Kinderzeugung; als zugleich ſittliche Gemeinſchaft bildet ſie aus ihren natürlichen Abkömmlingen durch die Bande der Liebe, des Gedächtniſſes und des ſittlichen Willens die über den unmittelbar natürlichen Trieb hinausdauernde Einheit der Familie. Es ſind alſo nicht einzelne Zwecke, wegen welcher die Ehe eingegangen wird, ſondern in der Ehe zu ſein, iſt der Zweck der Eingehung. Als Vereinigung der Perſonen als ſolcher, das iſt als unveräußerlich freier Weſen iſt die Ehe in ihrem ſittlichen Werthe und Wahrheit frei in der Eingehung und Auflöſung; doch wird es, wenn die Ehe anfängt, ſtatt mit wahrer Freiheit, mit Willkühr und Frivolität eingegangen zu werden, polizeilich nothwendig und rechtlich möglich, dieſelbe durch Zwang zu erhalten.

Die Römiſche Ehe in ihrer geſchichtlichen Entwicklung.

§ 2.

Zwiefache Art der Ehe im ältern Recht.

Schon im älteſten Recht finden wir ſcheinbar eine doppelte Art der Ehe, die jetzt ſogenannte ſtrenge und eine freie Ehe. In der That aber betraf dieſer Unterſchied nicht die Ehe ſelbſt, ſondern andere außerhalb der Ehe liegende Verhältniſſe. Die Alten nämlich hielten dafür, daß das ſchwächere Geſchlecht der Frauen immer unter männlicher Schutzgewalt, manus, tutela ſtehen müſſe. Die Ehe in ſich, in ihrer Gegenſeitigkeit und Gemeinſchaft, gab dem Ehemann nicht dieſe Herrſchaft über die Frau.

Die ſich verheirathende Frau konnte nun in Beziehung auf die ihrem Geſchlechte nothwendige Schutzgewalt und die an dieſer haftenden Vermögensbeziehungen entweder in der Gewalt ihrer eignen Familie, in der manus ihres Vaters oder unter der tutela ihrer Agnaten bleiben, wobei ſich von ſelbſt verſteht, daß dieſe Gewalt, ſoweit ſie mit den ehelichen Rechten oder Pflichten der Frau collidirt haben würde, ceſſirte; oder ſie konnte mit Bewilligung Jener zugleich bei der Eingehung der Ehe oder ſpäter unter die Gewalt des Ehemanns oder ſeines Familienherrn treten.*) Jenes iſt die ſogenannte freie Ehe, dieſe die ſtrenge, die Ehe mit manus mariti.

§ 3.

I. Manus mariti.

Wenn die Frau matrimonii causa in die Familiengewalt ihres Ehemanns trat, ſo hatte das unmittelbar den Austritt aus ihrem urſprünglichen Familiennexus zur Folge. In der Familie ihres Mannes wurde ſie als Tochter deſſelben

*) Cic. Top. c. 3. „Genus enim est uxor; ejus duae formae; una matrumfamilias; eae sunt, quae in manum convenerunt; altera earum, quae tantummodo uxores habentur.“

geſtellt; ſie verlor alſo ihre juriſtiſche Selbſtſtändigkeit in Beziehung auf Vermögen, bekam in dieſer Familie ein Erbrecht wie eine Tochter, und war in perſönlicher Beziehung dem Rechte nach dem Manne unterthan, wie die Kinder; aber Sitte und Geſetze limitirten ſchon früh dieſe dem urſprünglichen Rechte nach zuſtändige Gewalt.

Der Uebergang in die Gewalt des Mannes, die in manum conventio geſchah, wie ſchon oben bemerkt, von Alters her: *)

1) Durch usus, Erſitzung innerhalb eines Jahres. Seit der Zeit aber, von wo für die usucapio eine bona fides und justus titulus verlangt wurde, von wo ſich die alte ununterſchiedene Familiengewalt in eigentliches unbeſchränktes Eigenthum an Sachen und in beſchränkte Schutzgewalt über freie Perſonen getheilt hatte, von wo die Ehe mit manus, welche in der älteſten Zeit ohne Zweifel das Gewöhnliche war, überhaupt ſeltener wurde, mußte die usucapio allmählig als eine für dieſes Recht unanwendbare Erwerbsart erſcheinen und daher verſchwinden. **)

2) Durch confarreatio. ***) Dieſe weſentlich religiöſe

---

*) Gaj. I, 109. 110. „Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt. § 110. Olim itaque tribus modis in manum conveniebant: usu, farreo, coemptione.“

**) Gaj. I, 111. „Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat: nam velut annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat, filiaeque locum optinebat; itaque lege duodecim tabularum cautum erat, si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset, atque ita usum cujusque anni interrumperet; set hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est.“

***) Gaj. I, 112. „Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii — in quo farreus panis adhibetur; unde etiam confarreatio dicitur; sed complura praeterea hujus juris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt: quod jus etiam nostris temporibus in usu est; nam Flamines

Form, welche die Juriſten als eine allgemein zuläſſige für die in manum conventio darzuſtellen ſcheinen, iſt ohne Zweifel ſabiniſch patriciſchen Urſprungs, vielleicht von Anfang an, höchſt wahrſcheinlich aber für die ſpätere Zeit der Republik und den Anfang der Kaiſerzeit nur für gewiſſe Prieſterehen*) üblich geweſen. Auch ſcheint die Wirkung keine eigentliche mit capitis deminutio, d. i. mit abſolutem Austreten aus der urſprünglichen Familie verbundene in manum conventio geweſen zu ſein.**)

3) Durch coemptio.***) So wurde ſpäter die von Alters her übliche gemeine plebejiſche Form per aes et libram in dieſer Anwendung genannt. Die äußere Geſtalt der Form war an ſich ziemlich unverändert die alte bekannte auch noch bei vielen andern Gelegenheiten übliche, aber für die Anſchauung des Zeitalters, z. B. des erſten Jahrhunderts der Kaiſer, welches ſie übte, etwas durchaus anderes als für das Zeitalter, welches ſie erfand, und zwar zum großen Theil grade, weil ſie ihre alterthümliche Geſtalt, wenigſtens ſeit dem 5. und 6. Jahrhundert conſervirt hatte.

Die Handlungen per aes et libram ſind eines von den, im Römiſchen als einem vortrefflichen ſtets lebendigen und unmittelbar und volksthümlich in ſeiner Bildung fortſchreitenden Rechte, wenigen Beiſpielen, daß urſprünglich natürliche, unmittelbar und allgemein verſtandene Aus-

---

majores, id est Diales, Martiales, Quirinales — sacrorum nisi — confarreatio."

*) Tacit. annal. IV, 16.

**) Gaj. I, 136. „cum enim haec quod ad sacra tantum videatur in manu esse, quod vero ad cetera perinde habeatur, atque si in manum non convenisset — potestate parentis liberantur."

***) Gaj. I, 113. „Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus, civibus Romanis puberibus, item libripende, praeter mulierem eumque, cujus in manum convenit."

drucksformen im Rechte ſtille ſtehen und durch ihr Stilleſtehen für eine ſpätere materiell und geiſtig anders geſtaltete Zeit zu künſtlichen, unverſtändlichen Solennitäten werden.

Seit dem 5. und 6. Jahrhundert hatten ſich neben der alten allgemeinen Form per aes et libram die Menge neuer und bequemerer Geſchäftsformen gebildet. Für Eigenthumsübertragungen, Servitutenbeſtellung, Errichtung von Teſtamenten waren ſchon im 6. Jahrhundert neue freiere und effectiv vollkommen ſichere Formen neben der alten Form per aes et libram, für Eingehung der Verträge war das aes und libra ganz außer Uebung ſchon ſeit dem 5. Jahrhundert.*) Für die Eingehung der Ehe wurde ſie ſeltener angewandt, denn es wurde überhaupt die Ehe mit manus ſeltener.

Zudem wurde dieſe alte Form durch jene neben ſie und häufig mit ihr in Verbindung tretenden neuen Formen verſtümmelt. So z. B. bei der Eigenthumsübertragung durch aes et libra, beim mancipium war, ſeitdem die lex und causa des Geſchäfts in der Regel als Conſenſualcontract vorherzugehen pflegte, die lex mancipii eine bloße Formel.**) In ähnlicher Weiſe ging es bei der Teſtamentserrichtung zu. Dieſe formula und die körperlichen Inſtrumente zuſammen lagen als alleiniges Material der Erklärung des Grundes und der Bedeutung dieſer ſchon im 7. Jahrhundert unverſtändlichen Handlungen vor. Wenn es in der Formel des mancipium, dem practiſch häufigſten Beiſpiel des alten Ritus, nun ein für allemal heißt: „haec res esto mihi emta,“ ſo überſetzten das die Juriſten oder Archäologen nach dem Sprachgebrauch ihrer Zeit mit „gekauft.“ Damit brachten ſie die an ſich wahre Notiz in Verbindung, daß ihre Vorfahren das Erz als Geld gebraucht hatten, daſſelbe, da es ungeprägt geweſen, gewogen und deshalb bei ſo vielen Geſchäften die Wage und das Erz gebraucht hätten.***). Dieſer an-

*) Vgl. oben § 7 p. 303.

**) Vgl. oben § 3 p. 172.

***) Gaj. I, 122. „Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur; et erant asses,

fänglich wirkliche Kauf ſei dann nachher, als das Silbergeld aufgekommen, ein ſymboliſcher geworden, da man der Integrität des Ritus zur Liebe Erz und Wage, obgleich nunmehr unnöthig, dennoch beibehalten habe. In dieſer Erklärung der urſprünglichen Bedeutung des Ritus, welche die an dergleichen Dingen ſehr geringe Theilnahme vollkommen befriedigte, blieb ein Punct, das libram percutere, freilich unerklärt; in Folge ſeiner einmal recipirten Erklärung aber wurde der Ritus ſelbſt ſogar durch Abbreviaturen und durch Zuſätze modificirt. Einige waren, von dem Vorurtheil dieſer Erklärung ausgehend der Meinung, daß die Worte: „aeneaque libra“ in der Formel: „esto mihi emtum hoc aere aeneaque libra“ fehlen könnten oder müßten;*) denn, dachten ſie, man kaufe ja doch nur für das Erz und nicht für die Wage; und umgekehrt wurde zur größern Anſchaulichkeit des Kaufsſymbols empfohlen und üblich, das Erz als eine ſymboliſche Zahlung dem venditor wirklich hinzugeben;**) und ſpäter nach einer neuen Verbeſſerung ſtatt des Erzes eine kleine Münze gebraucht. Jene hatten Recht, daß, wenn: „emere hoc aere“ hier „kaufen für das Erz“ bedeute, dann die Worte: „aeneaque libra“ als ſinnlos weichen müßten; wenn ſie aber gewußt hätten, daß emere in der alten Sprache nicht kau-

dupondii, semisses et quadrantes, nec ullus aureus vel argenteus nummus in usu erat, sicut ex lege XII tabularum intelligere possumus; eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere.“

*) Gaj. II, 104. „Hoc aere, et ut quidam adjiciunt, aeneaque libra, esto mihi empta.“

**) Gaj. I, 119. „is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram, idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco.“

Gaj. II, 104. „deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco.“

Gaj. III, 174. „deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa.“

fen bedeutete, ſo hätten ſie ihren Erklärungsverſuch weichen laſſen. Wenn nun trotz dem, daß dieſe Beifall findende Erklärung das percutere libram und den libripens gar nicht berückſichtigte und erklärte, dennoch beides, wenn auch in etwas modificirter Geſtalt auch nach ihrer Reception als üblich und nothwendig*) erwähnt wird, ſo beweiſt das die Allgemeinheit und damit die Nothwendigkeit und Altherkömmlichkeit dieſer Obſervanz, von welcher oben**) bemerkt worden, daß ſie als Zuſchlag den weſentlichen Schlußpunct des Geſchäfts bildete, dagegen das aes und libra als Mittel des Zuſchlags nur durch eine zufällige auf Bequemlichkeit gegründete Sitte ohne urſprüngliche Nothwendigkeit das Allgemeine wurden; die percussio geſchah früher von dem libripens nach vorgängiger Aufforderung, ſie erfolgen zu laſſen;***) ſpäter von dem emtor ſelbſt.†) Die Worte: „esto mihi emtum hoc aere aeneaque libra“ hießen im Sinne der älteſten prudentes, welche dergleichen Formeln concipirten: „es ſei mir erworben vermittelſt dieſes Erzes und dieſer Wage, d. i. vermittelſt des Zuſchlags durch Erz und Wage, wie ihn das Herkommen fordert. Daß emere damals und urſprünglich nicht kaufen heißen konnte, wäre, auch wenn das nicht ausdrücklich die Grammatiker überlieferten, ††) ſchon deshalb gewiß, weil es

*) Gaj. I, 119 cit.
Gaj. II, 104 cit.
Gaj. III, 174 cit.

**) Vgl. § 4 p. 99. 100.

***) Festus s. v. Rodus. „Rodus vel raudus significat rem rudem et imperfectam. — — — Vulgus quidem in usu habuit non modo pro aere imperfecto — — sed etiam pro signato, quia in mancipando cum dicitur: „rodusculo libram ferito“ asse tangitur libra.“
s. v. Rudusculana porta. nam aes, ut Varro ait in libro antiquitatum, Rodus dicebatur; atque ex eo dici in mancipando: „Rodusculo libram ferito.“

†) Gaj. I, 119. II, 104. III, 174 cit.

††) Fest. s. v. emere. „Emere quod nunc est mercari antiqui accipiebant pro sumere.“

urſprünglich keinen Kauf gab, da noch kein Geld exiſtirte. *)

Jemehr dieſe Formen ihre Volksthümlichkeit verloren, jemehr ihr urſprünglicher Grund und Bedeutung vergeſſen wurde, jemehr ſie als ein juriſtiſches Myſterium von erzciviler Abkunft und Wirkung galten, deſto beſſer konnten ſie neu entſtehenden Geſchäftsbedürfniſſen, die der Sache nach nichts gegen ſich zu haben ſchienen, als neue aber noch der erprobten Form entbehrten, als ſolche beigefügt werden, wie z. B. der Freilaſſung von Kindern aus der väterlichen Gewalt, welche von der Form, deren Genusname bald nexum, bald mancipium war, emancipatio genannt wurde. In dieſer Weiſe wurde aes und libra denn auch außer der eigentlichen coemtio matrimonii causa gebraucht, um Geſchäften, die im alten Recht gar nicht vorkamen, die, ſeitdem man ſie vornahm, der Sache nach als möglich und erlaubt galten, als ſichere Form zu dienen. **)

Fest. s. v. Redemptores. „Nam antiquitus emere pro accipere ponebatur.“

*) L. 1 D. de contrah. emt. (18, 1).

**) Gaj. I, 114. 115. „Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo: . . . aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae causa. quae enim cum marito suo facit coemptionem, (ut) aput eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem: quae vero alterius rei causa facit coemptionem cum extraneo, velut tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. § 115. Quod est tale: si qua velit quos habet tutores reponere, ut alium nanciscatur . . . coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, (a) quo manumissa est: qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit. § 115 a. Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio. tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi jus habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; set hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani senatus remisit. . . . .“

§ 4.
II. Die Ehe ohne Familiengewalt des Mannes.

Die Ehe war im älteſten noch mehr wie im neuern Recht, was ihr Weſen und Beſtehen an ſich betrifft, faſt lediglich der Geſetzgebung der Sittlichkeit und der Sitte überlaſſen. Der Zwang und die Norm des Rechtsgeſetzes enthielt ſich möglichſt jeder affirmativen Beſtimmung über das Innere der Ehe und beſchränkte ſich darauf, dieſelbe durch Feſtſtellung ihrer Bedingungen und Folgen vertheidigungsweiſe zu ſchützen. Die hohe Sittlichkeit des Römiſchen Characters iſt auch darin ausgeſprochen, daß es urſprünglich kein erlaubtes geſchlechtliches Verhältniß außer der monogamiſchen Ehe gab. Die Römer verſtanden unter der Ehe von jeher eine conjunctio maris et foeminae liberorum quaerendorum causa. Das iſt aber nach der nicht rein natürlichen, ſondern zugleich ſittlichen Auffaſſung eine Verbindung um eine Familie zu ſtiften, und das iſt Vereinigung zu einer univerſellen und dauernden ſittlichen und natürlichen Gemeinſchaft.*) Da die Ehe auf dem allgemeinen natürlichen Verhältniß der Geſchlechter beruht, ſo erkannten die Römer ſie auf dieſelbe Weiſe für ein Inſtitut des jus gentium, wie in der Sphäre des Vermögensrechts das Eigenthum und der Vertrag dahin gezählt wurden. Aber wie dort, ſo wurde auch im Gebiete der Ehe von Alters her eine civile Ehe, matrimonium justum, legitimum von dem matrimonium juris gentium in Rückſicht der Bedingungen und Folgen unterſchieden. Eine Ehe war allenthalben vorhanden, wo zwei Perſonen, unter denen eine Ehe phyſiſch möglich und nach

*) L. 1 D. de ritu nupt. (23, 2). „Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.“

§ 1 I. de patr. potest. (I, 9). „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens.“

dem Rechte ihres Staates nicht verboten war, mit der Abſicht der Ehe, affectus matrimonii, lebten. Ein justum matrimonium war aber nur diejenige Ehe, welche die Vorausſetzungen und damit auch die Folgen des Römiſchen Civilrechts hatte.

A. Eingehung der Ehe.

§ 5.

A. Bedingungen und Erforderniſſe der Eingehung.

1) Die Perſonen, zwiſchen welchen ein justum matrimonium beſtehen ſoll, müſſen connubium haben d. i. die juriſtiſche Fähigkeit, eine Ehe von civilem Erfolg einzugehen. *) Vor der lex Canuleja v. J. 311 **) beſtand dieſes nicht einmal zwiſchen Patriciern und Plebejern. Von da an aber haben alle Römiſchen Bürger das connubium, wie das commercium ipso jure. Daſſelbe aber pflegte ſchon früh ſowohl an Peregrini wie an Latini beſonders ertheilt zu werden, ***) connubium concessum. Die Ehe, welche ohne das eigentliche, civile connubium eingegangen war, beſtand, wenn nicht andere Umſtände außerdem die Möglichkeit einer Ehe überhaupt ausſchloſſen, als matrimonium juris gentium.

2) Die ferneren Erforderniſſe, welche faſt insgeſammt die

---

*) Ulp. V, 2. 3. 4. 5. „Justum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium sit; et tam masculus pubes, quam femina potens sit; et utrique consentiant, si sui juris sunt; aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt. 3. Connubium est uxoris jure ducendae facultas. 4. Connubium habent cives Romani cum civibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit. 5. Cum servis nullum est connubium.“

**) Liv. IV, 5. 6.

***) Gaj. I, 57. „Unde et veteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus connubium cum his Latinis peregrinisve, quas primas post missionem uxores duxerint. et qui ex eo matrimonio nascuntur, et cives Romani, et in potestate parentum fiunt.“

Möglichkeit einer gültigen Ehe überhaupt bedingen, ſind theils abſolute, theils relative.

a) Abſolute phyſiſche Bedingung iſt 1) die Pubertät beider Theile;*) das männliche Individuum muß das vierzehnte, das weibliche das zwölfte Jahr zurückgelegt haben. 2) Es darf nicht abſolute Zeugungsunfähigkeit vorhanden ſein, welche jedoch nur bei Caſtraten**) angenommen wird.

b) Abſolute juriſtiſche Bedingungen ſind: 1) daß keiner von beiden ſchon in einer noch beſtehenden Ehe***) oder im Concubinat lebe. 2) Die Frau, welche nicht sui juris und zugleich majorenn iſt, bedarf ſchlechthin der Einwilligung ihres Vaters, oder falls dieſer nicht mehr am Leben iſt, der Mutter oder der nächſten Verwandten. Der Mann hingegen bedarf der Einwilligung des Vaters nur, wenn er noch in väterlicher Gewalt iſt. Der aus nichtigen Gründen verweigerte Conſens dieſer Perſonen aber kann von der Obrigkeit ſupplirt werden.†) 3) Die beiden Ehegatten ſelbſt müſſen frei einwilligen;††) jedoch konnte die in väterlicher Gewalt befindliche Tochter zu einer Ehe, welche ſie aus nichtigen Gründen verweigerte, vom Vater gezwungen werden.

---

*) Ulp. V, 2 cit.

**) L. 39 § 1 D. de jure dot. (23, 3). „Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit, necne, ut in castrato dicas dotem non esse; in eo, qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos, et dotis actio est.“

***) L. 2 C. de incestis et inutil. nuptiis (5, 5). „Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet, quum et in edicto praetoris hujusmodi viri infamia notati sunt. Quam rem competens judex inultam esse non patietur.“

†) L. 19 D. de ritu nuptiar (23, 2).
L. 18 C. de nuptiis (5, 4).

††) L. 2 D. de ritu nuptiar. (23, 2). „Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coëunt, quorumque in potestate sunt.“

c) Relative, d. i. ſolche Hinderniſſe, welche nur die Ehe zwiſchen gewiſſen Perſonen ausſchließen ſind z. B. 1) Verwandtſchaft, cognatio.*) Die Ehe zwiſchen Aſcendenten und Deſcendenten iſt unbedingt ausgeſchloſſen; in der Seitenlinie iſt die Ehe zwiſchen Geſchwiſtern und ſolchen, die zu einander im ſo genannten respectus parentelae ſtehen, verboten. Respectus parentelae aber iſt das Verhältniß zweier Seitenverwandten, von denen der eine dem gemeinſchaftlichen Stammvater näher iſt, als der andere. 2) Die Schwägerſchaft, affinitas, das Verhältniß eines Ehegatten zu dem Blutsverwandten des andern iſt in auf- und abſteigender Linie ein Ehehinderniß für alle Grade; in der Seitenlinie iſt nur die Ehe mit des Bruders Wittwe**) und mit der Schweſter der Frau verboten. 3) Der Vormund oder deſſen Deſcendent***) darf vor geſchehener Rechnungsablegung in der Regel nicht die Mündel; 4) der Ehebrecher nicht die Ehebrecherin; 5) der Entführer nicht die Entführte heirathen.

§ 6.

B. Wirkliche Eingehung der Ehe.

Die Eingehung der Ehe iſt nicht ein Vertrag zu einzelnen beſtimmten Leiſtungen, wie der Vermögensvertrag, durch welchen der eine zwingbarer Schuldner, der andere Gläu-

---

*) Ulp. V, 6. 7.
Gaj. I, 58—64.

**) L. 5 C. de incestis et inutil. nupt. (5, 5). „Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus conjungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocunque modo conjugio.“

***) L. 66 pr. D. de ritu nuptiar. (23, 2). „Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum non desponsam a patre, nec testamento destinatam ducat uxorem, vel eam filio suo jungat; quo facto uterque infamatur, et pro dignitate pupillae extra ordinem coërcetur; nec interest, filius sui juris, an in patris potestate sit.“

diger einer erſt zu erwerbenden Sache würde; nicht Uebertragung, wie die Vermögensübertragung, durch welche das Uebertragene von der einen Seite abſolut aufgegeben, von der andern abſolut erworben und zur Sache gemacht würde, ſondern ſie iſt Verbindung und Vereinigung der totalen Perſönlichkeit als ſolcher in ihrer Freiheit. Weil das von beiden Seiten Vertragene und zugleich Uebertragene weſentlich Freies iſt, ſo kann die Eingehung der Ehe ſo wenig äußerlichen juriſtiſchen Zwang zur Folge, als eine juriſtiſche Form zur Bedingung haben. Die Willenseinigkeit*) macht die Ehe, deren Daſein allerdings juriſtiſch erwieſen werden muß, wenn juriſtiſche Folgen der Ehe angeſprochen werden.

§ 7.

C. Sponſalien.

Der wirklichen Eingehung der Ehe kann noch ein Vertrag, künftig eine Ehe ſchließen zu wollen,**) vorhergehen, welcher der Natur des Gegenſtandes nach ipso jure keinen directen Zwang zur Erfüllung durch Klage zur Folge haben, ja nicht einmal durch Stipulation einer Conventionalſtrafe, ſondern allein durch eine arrha***) befeſtigt werden kann. Indirect iſt dieſer formloſe Vertrag von Rechtswegen dadurch geſchützt, daß derjenige, der die eingegangenen Sponſalien ohne Grund bricht,

---

*) L. 30 D. de R. I. (50, 17). „Nuptias non concubitus, sed consensus facit."

**) L. 1 D. de sponsal. (13, 1). „Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum."

L. 4 D. h. t. (23, 1). „Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. § 1. Denique constat, et absenti absentem desponderi posse, et hoc quotidie fieri."

L. 7 § 1 D. h. t. (23, 1). „In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur, an aliquis sine scriptura spondeat. § 1. In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur; intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Julianus scribit."

***) L. 5 C. de sponsalibus (5, 1).

oder durch ſeine Schuld dem andern Theil Veranlaſſung zum Rücktritt giebt, das Rückforderungsrecht der von ihm gegebenen Geſchenke, der sponsalitia largitas wie der arrha verliert, daß derjenige, der die erſten Sponſalien durch Eingehung einer zweiten Verlobung verletzt, mit Infamie*) beſtraft wird.

D. Folgen der gültigen Ehe.

§ 8.

1. In Beziehung auf die Perſonen.

Die juriſtiſchen Wirkungen jeder Ehe für die Perſonen ſind im Allgemeinen, 1) daß die Frau den Rang und das Domicil des Mannes theilt.**) 2) Der Mann darf mit der actio de uxore exhibenda et ducenda von jedem, ſelbſt von ihrem paterfamilias die Auslieferung der Frau fordern.***) 3) Beide Ehegatten dürfen keine actiones famosae†) gegen einander anſtellen. 4) Die Kinder aus der Ehe ſind mit beiden Eltern juriſtiſch blutverwandt, cognati.

In Rückſicht des Standes der Kinder unterſcheidet ſich die civile und nicht civile Ehe dadurch, 1) daß die Kinder aus der nicht civilen Ehe der Mutter folgen. Die Kinder

---

*) L. 1. L. 13 § 1 D. de his, qui notantur (3, 2).

**) L. 13 C. de dignitatibus (12, 1). „Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus, et forum ex eorum persona statuimus, et domicilia mutamus. Si autem minoris ordinis virum postea sortitae fuerint, priore dignitate privatae, posterioris mariti sequentur conditionem.“

***) L. 2 D. de liberis exhibendis (43, 30). „Immo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater etiam, qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.“

†) L. 1 pr. D. de act. rer. amotar. (25, 2). „Rerum amotarum judicium singulare introductum est adversus eam, quae uxor fuit, quia non placuit, cum ea furti agere posse.“

L. 2 D. h. t. (25, 2). „Nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.“

aus der civilen Ehe aber den status des Vaters erhalten; 2) daß jene ihren status nach der Zeit der Geburt, dieſe nach der Zeit der Conception haben. 3) Die Kinder aus einer civilen Ehe ſind in der Römiſchen Familiengewalt, patria potestas ihres Vaters, und werden dadurch nicht bloß cognati des Vaters und der väterlichen Cognaten, wie die Kinder aus der nicht civilen Ehe, ſondern auch agnati ſeiner Agnaten. *)

2. In vermögensrechtlicher Beziehung.

§ 9.

a) Dos, Res uxoria.

Wenn die Ehefrau in die manus ihres Mannes oder ſeines Vaters ging, ſo wurde ihr mitgebrachtes Vermögen, wie jeder ihr ſpäter durch Erbſchaft, Schenkung ꝛc. zufallende Erwerb Eigenthum deſſen, der die manus über ſie hatte, da ſie als filia kein eignes Vermögen haben konnte.

Die freie Ehe hatte anfänglich an ſich gar keinen Einfluß auf das Vermögen der Ehegatten. Indeſſen ſchon ſehr früh folgte die Sitte hier der Nöthigung der Billigkeit und des Anſtandes. Der Vater, welcher durch die Verheirathung ſeiner Tochter von der Laſt der Ernährung befreit wurde, oder andere Verwandte oder Freunde pflegten dem Manne, welcher mit der Ehe die Laſt der Ernährung der Frau übernahm, nach

---

*) Ulp. V. 8. 9. 10. „Connubio interveniente, liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio, matris conditioni accedunt; excepto eo, qui ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet. 9. Ex cive Romano et Latina Latinus nascitur; et ex libero et ancilla servus, quoniam, cum his casibus connubia non sint, partus sequitur matrem. 10. In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur; in his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis, veluti si ancilla conceperit, deinde manumissa pariat, liberum parit; nam quoniam non legitime concepit, cum editionis tempore libera sit, partus quoque liber est.“

Kräften und Bedürfniß ein Heirathsgut, dos, res uxoria mitzugeben, entweder zum ewigen Behalten, oder mit der Bedingung der Rückgabe, wie man ſich einig wurde. Je mehr mit dem Ende der Republik die freie ſtatt der ſtrengen Ehe Sitte wurde, deſto häufiger wurde ſolche Ausſtattung nicht bloß als Sitte, ſondern für gewiſſe Perſonen ſogar als Rechtspflicht, und bildete für die Doctrin und für die Geſetzgebung immer mehr einen weſentlichen Theil des Eherechts.

Dos, res uxoria, Brautſchatz, Mitgabe, Heirathsgut ꝛc. iſt ein Vermögensquantum, welches von irgend Jemandem dem Ehemanne der Ehe wegen, um ihm die Laſten der Ehe zu erleichtern, gegeben wird. Die vom Vater oder Großvater der Frau gegebene heißt profectitia, die von irgend einem Andern gegebene adventitia,*) und dieſe heißt wieder, wenn bedungen wurde, daß ſie nach aufgelöſter Ehe an den Geber zurückfallen ſolle, receptitia dos.**) Da der Zweck „der Ehe wegen" ein weſentliches Moment der dos iſt, ſo gilt das in der Abſicht zu dotiren wirklich Hingegebene in keiner Beziehung als dos, wenn gar keine oder eine juriſtiſch nichtige Ehe erfolgt,***) und wird von dem Geber nicht mit den auf Rückforderung einer dos bezüglichen Klagen, ſondern mit der condictio causa data non secuta zurückgefordert. †)

§ 10.

aa) Verpflichtung zur Beſtellung einer dos.

Anfänglich war alſo jede Dotation von Seiten des Gebers eine reine Liberalität. Schon von der lex Papia Pop-

---

*) Ulp. VI, 3. „Dos aut profectitia dicitur, id est, quam pater mulieris dedit, aut adventitia, id est ea, quae a quovis alio data est."

**) Ulp. IV, 5.

***) L. 3 D. de jure dotium (23, 3). „Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt, neque enim dos sine matrimonio esse potest; ubicunque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est."

†) L. 6 D. de cond. caus. dat. (12, 4).

paea beginnt eine Reihe von Beſtimmungen, durch welche gewiſſe Perſonen ipso jure zur Dotirung verpflichtet wurden. Anfangs ſollte nur der Vater, in deſſen Gewalt die ſich verehelichende Tochter ſtand, und auch dieſer nur unter gewiſſen Bedingungen,*) endlich, und zwar ſchon im claſſiſchen Recht jeder väterliche Aſcendent auch der emancipirten Tochter oder Enkelin dieſe Obliegenheit haben.**) Die Mutter hingegen ſoll nur ausnahmsweiſe unter beſondern Umſtänden dotiren.***) Geſchwiſter, andere Verwandte, die Ehefrau ſelbſt ſind zur Beſtellung niemals ipso jure verpflichtet, können jedoch die unter irrthümlicher Vorausſetzung ſolcher Verpflichtung wirklich ausgezahlte dos nicht als indebitum condiciren.†) Jene in Folge rechtlicher Nothwendigkeit beſtellte nennen wir dos necessaria, die freiwillig beſtellte voluntaria.

§ 11.

bb) Form der Beſtellung.

Von älterer Zeit her konnte die dos überhaupt in dreierlei Weiſe beſtellt werden: durch datio, dictio, promissio, 1)

*) L. 19 D. de ritu nuptiar. (23, 2). „Capite trigesimo quinto legis Juliae, qui liberos, quos habent in potestate, injuria prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt, ex Constitutione Divorum Severi et Antonini per Proconsules Praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare.“

**) L. 7 C. de dotis promissione (5, 11). „Neque enim leges incognitae sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotes vel ante nuptias donationes pro sua dare progenie.“

***) L. 14 C. de jure dot. (5, 12). „Mater pro filia dotem dare non cogitur, nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa; pater autem de bonis uxoris suae invitae nullam dandi habet facultatem.“

†) L. 32 § 2 D. de cond. indeb. (12, 6). „Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit; sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.“

Datio iſt wirkliche Uebertragung der zur dos beſtimmten Güter aus dem Vermögen des Gebers in das des Empfängers. 2) Die promissio iſt die gewöhnliche promissio verbis i. e. stipulatu, und konnte, wie auch die datio, von Jedem gültig vorgenommen werden. 3) Die dictio, welche nur von der Frau ſelbſt, von ihrem Schuldner in ihrem Auftrag oder von ihrem agnatiſchen Vater geſchehen konnte, beſtand in einer verborum solennitas, deren Conception die war, daß der Beſteller ohne vorgängige Frage und ohne nachfolgende Acceptation des Erwerbers z. B. ſagte: „dotem tibi dico — — etc.“ oder: „doti tibi esto — — etc.“ *) An die Stelle der dictio trat in der ſpätern Kaiſerzeit neben der datio und promissio, die übrigens von Jedem gültig vorzunehmende ſogenannte nuda pollicitatio, **) von der es zweifelhaft iſt, ob ſie im Gegenſatz von promissio, d. i. ſolennem Vertrage ein formloſer Vertrag, ein pactum bisher nudum, jetzt legitimum, oder im Gegenſatz von dictio, ſolennem einſeitigen Verſprechen, formloſes einſeitiges Verſprechen, d. i. eigentliche pollicitatio ſein ſoll.

Aus der datio hat der Erwerber ſofort die dinglichen oder perſönlichen Klagen aus den dotis nomine übertragenen Rechten ſelbſt, wie es deren Natur erlaubt, direct oder utiliter; aus der dictio hatte er eine eigenthümliche condictio; aus der promissio eine condictio ex stipulatu, aus der pollicitatio eine condictio ex lege gegen die Perſon des Beſtellers. Bei der wirklichen Ausfehrung, Illation der dos an den Mann, kann aus verſchiedenen Gründen eine Schätzung des Werthes derſelben vorgenommen werden, aestima-

*) Ulp. VI, 1. 2. „Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. 2. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si jussu ejus dicat, item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione junctus, velut pater, avus paternus. Dare, promittere dotem omnes possunt.“

**) L. 6 C. de dotis promiss. et nuda pollicitatione (5, 11). L. 1. L. 13 C. de jure dot. (5, 12).

tio dotis; nämlich entweder bloß deswegen, damit zur Zeit der Reſtitution über die Summe der vom Manne wegen verlorner Dotalgegenſtände zu leiſtenden Entſchädigung kein Zweifel ſei, dos taxationis causa aestimata; oder es ſoll in das Belieben des Mannes geſtellt werden, ob er die Dotalgegenſtände ſelbſt reſtituiren, oder dieſe behalten und nur den Werth reſtituiren will, dos venditionis causa aestimata.

§ 12.

cc) Gegenſtand der dos.

Alle veräußerlichen Vermögensobjecte können als dos verſprochen und übertragen werden. Alſo vor allen Dingen Eigenthumsobjecte; ferner ein usus fructus kann dem Ehemann neu beſtellt, oder die Ausübung eines vorhandenen ihm überlaſſen werden. *) Obligationen können in der Weiſe zur dos verwandt werden, daß dem Manne durch Delegation**) oder Ceſſion***) eine fremde Forderung übertragen oder eine ihm obliegende Schuld ihm erlaſſen wird ꝛc. †) Alle dieſe heterogenen Rechte, ſobald ſie zur dos verwandt ſind, bilden in manchen juriſtiſchen Beziehungen

---

*) L. 78 pr. § 1. 2. 3. D. de jure dot. (23, 3).

**) L. 9 § 1 D. de cond. causa data (12, 4). „Si quis indebitam pecuniam per errorem jussu mulieris sponso ejus promisisset, et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest; maritus enim suum negotium gerit, et nihil dolo facit, nec decipiendus est, quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere; itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur, si nondum solverit.“

***) L. 2 C. de O. et A. (4, 10). „Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est.“

†) L. 41 § 2 D. de jure dot. (23, 3). „Accepti quoque latione dos constituitur, quum debitori marito acceptum feratur dotis constituendae causa.

eine universitas, werden als eine Einheit, als ein Ganzes betrachtet.

dd) Rechtsverhältniß des Ehemanns in Beziehung auf die dos.

§ 13.

α) Während der Ehe.

Dem practiſchen Zweck und Grunde der dos gemäß beſtimmt ſich ihre juriſtiſche Betrachtung. Da die dos dem Mann gegeben wird, um ihm die Laſten der Ehe zu erleichtern, ſo gilt die dos für ihn nicht als eine Schenkung;*) denn wer eine dos erhält, erhält auch die Laſten einer Ehe. Aus dem Zweck der dos folgt, daß er nach aufgehobener Ehe die dos ohne beſondere Gründe nicht behalten kann, ſondern dieſelbe reſtituiren muß; darin aber liegt wieder, daß er die dos nicht verbrauchen, ſondern nur gebrauchen darf; in ſeinem vollſtändigen Gebrauchsrecht aber iſt naturaliter enthalten, daß er Herr der dos iſt.

Während der Ehe iſt der Ehemann auch juriſtiſch Herr der dos, dominus im weitern Sinn, d. i. ſo weit die Natur der in der dos enthaltenen Rechte und die Art der Uebertragung es zuläßt, iſt er directes Subject derſelben. In Beziehung auf Eigenthumsobjecte iſt er wahrer dominus,**) inſofern die Uebertragung vom dominus geſchah, ſetzt

---

*) L. 19 D. de O. et A. (44, 7). „Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emtor intelligitur, qui dotem petit."

**) L. 7 § 3 D. de jure dot. (23, 3). „Si res in dotem dentur, puto in bonis mariti fieri, accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam; fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. Quid ergo, si ante matrimonium? Si quidem sic dedit mulier, ut statim ejus fiant, efficiuntur; enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, quum nupserit, sine dubio dicemus, tunc ejus fieri, quum nuptiae fuerint secutae. Proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debebit misso nuntio; enimvero si

die Erſitzung ſeines Auctors fort, wenn dieſer bonae fidei possessor war, oder er kann eine eigne Erſitzung auf den Titel pro dote beginnen.*) Aus einem ihm beſtellten usus fructus hat er die actio confessoria,**) aus einer durch Novation übertragenen Forderung hat er die directe Klage.***) Wäre ihm die Ausübung eines fremden Uſusfructus überlaſſen, eine fremde Forderung ihm cedirt,†) ſo hätte er nach der Natur dieſer Uebertragung dieſer Rechte dort die confessoria, hier die Forderungsklage nur utiliter. Der Mann erwirbt danach auch an den Acceſſionen der Dotalſachen das gleiche Recht, aber auch in Rückſicht der Reſtitutionsverbindlichkeit dieſelbe Pflicht, wie an den principalen Dotalſachen. Obgleich er die Früchte zu unbeſchränktem Eigenthum erwirbt, ſo iſt ſein Eigenthum an der Hauptſache inſofern beſchränkt, daß er den fundus dotalis nicht veräußern darf;††) die geſetzwidrige Veräußerung iſt

---

sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. Sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli, aut in factum; doti enim destinata non debebunt vindicari."

L. 42 D. h. t. (23, 3).

L. 5 C. de jure dot. (5, 12). „Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus, dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. Si itaque non convenit, ut soluto matrimonio restituerentur, et jure aestimatae sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat."

*) L. 1 pr. D. pro dote (41, 9). „Titulus est usucapionis, et quidem justissimus, qui appellatur pro dote; ut qui in dotem rem accipiat, usucapere possit spatio solenni, quo solent, qui pro emtore usucapiunt."

**) L. 78 pr. § 1. 2. 3. D. de jure dot. (23, 3) cit.

***) L. 9 § 1 D. de cond. caus. dat. (12, 4) cit.

†) L. 2 C. de O. et A. (4, 10) cit.

††) pr. I. Quibus alienare licet (II, 8). „Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit; et contra, qui dominus non sit, alienandae rei potestatem habeat. Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit

null. In der Verwaltung der dos wird von dem Manne der Natur der Sache gemäß keine weitere als die diligentia quam in suis gefordert.*) Was durch wahren casus,**) d. i. ohne die Schuld des Mannes***) von der dos verloren geht, braucht er zwar nicht zu erſetzen, kann deshalb aber auch keine Wiedererſtattung von dem Beſteller fordern. Daſſelbe gilt nicht unbillig von dem, was ohne dolus des Beſtellers†) dem Manne evincirt iſt.

---

dotis causa ei datum; quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem statum deduximus [l. un. § 15 C. de rei uxor. act. V, 13]. Quum enim lex in soli tantummodo rebus locum habebat, quae Italicae fuerant, et alienationes inhibebat, quae invita muliere fiebant, hypothecas autem earum etiam volente; utrisque remedium posuimus, ut et iam in eas res, quae in provinciali solo positae sunt, interdicta sit alienatio vel obligatio, et neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum converteretur."

*) L. 17 pr. D. de jure dot. (23, 3). „In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum, quam culpam, quia causa sua dotem accipit; sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet."

**) L. 42 D. de jure dot. (23, 3). „Res in dotem datae, quae pondere, numero, mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ab arbitrium suum distrahat, et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse, vel heres ejus."

***) L. 49 § 1 D. soluto matrimonio (24, 3). „Paulus respondit, praedio evicto sine dolo et culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse; consequi enim eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, quum dolus patris ipsi nocere debeat."

†) L. 69 § 7 D. de jure dot. (23, 3). „Quum res in dotem aestimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur; ideoque rebus evictis si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro, alioquin de dolo tenetur."

§ 14.

β) Schickſale der dos nach aufgelöſter Ehe und Verbindlichkeit des Mannes zur Reſtitution derſelben.

Die dos receptitia konnte, wenn die Reſtitution ohne Einſchränkung bedungen war, der Beſteller bei jeder Auflöſung der Ehe zurückfordern, und zwar entweder mit der actio ex stipulatu, wenn die Reſtitution ſtipulirt war, oder wenn ſie durch ein nudum pactum bedungen war, mit einer actio praescriptis verbis. Abgeſehen von dieſem Fall aber iſt das claſſiſche, vorjuſtinianiſche und das Juſtinianiſche Recht verſchieden.

Vor Juſtinian galt folgendes Recht:

1) Wenn die Ehe durch den Tod der Frau gelöſt wurde, ſo konnte a) die profectitia dos vom Vater zurückgefordert werden. War dieſer aber ſchon vorher verſtorben, ſo blieb auch dieſe dos dem Manne.*) b) die adventitia aber blieb, ſofern ſie nicht receptitia war, immer dem Manne.**)

2) Wenn die Ehe durch Scheidung oder Tod des Mannes aufhörte, ſo machte es keinen Unterſchied, ob die dos eine profectitia oder adventitia war; in beiden Fällen hatte, wenn a) die Frau sui juris war, ſie allein das Rückforderungsrecht gegen den Mann oder deſſen Erben. b) Wenn die Frau noch in väterlicher Gewalt war, der Vater mit der Tochter gemeinſchaftlich. c) Wenn aber die durch die Scheidung zur Rückforderung berechtigte Frau oder ihr Vater vor angeſtellter Klage ſtarb, ſo ging die actio rei uxoriae nicht auf die Erben über, und auch in dieſem Falle verblieb die dos dem Manne.***)

---

*) Ulp. VI, 4. „Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet.“

**) Ulp. VI, 5. „Adventitia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is, qui dedit, uti sibi redderetur stipulatus fuerit: quae dos specialiter receptitia dicitur.“

***) Ulp. VI, 6. 7. „Divortio facto, siquidem sui juris sit

Die actio rei uxoriae, die Klage, durch welche allein die Frau oder deren Vater die Rückforderung der dos, wo ihnen dieſe zuſtand, geltend machte, hatte außer dieſer Beſonderheit, daß ſie nicht auf die Erben des Klägers überging, noch die der Frau oder dem Vater nachtheilige Eigenthümlichkeit, daß der Mann bei der Reſtitution aus verſchiedenen Gründen bedeutende Retentionen machen durfte und durch ſolche in der Regel die dos verkürzte. *). Was endlich die Friſt der Reſtitution betrifft, ſo mußten alle species ſofort, die fun-

---

mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est, dotis repetitionem. Quodsi in potestate patris sit, pater adjuncta filiae persona habet actionem; nec interest, adventitia sit dos, an profectitia. 7. Post divortium defuncta muliere, heredi ejus actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit."

*) Ulp. VI, 9. 10. „Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas. 10. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cujus in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen, quam tres sextae, in retentione sunt."

Ulp. VI, 12—17. „Morum nomine, graviorum quidem sexta retinetur, leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum, leviores omnes reliqui. 13. Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quae a die reddi debet, ita: Propter majores mores praesentem reddit; propter minores senum mensum die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repensatio facit."

14. Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur, aut utiles, aut voluptuosae. 15. Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura esset, velut si quis ruinosas aedes refecerit. 16. Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. 17. Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret: neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similibusque rebus."

gibeln Sachen aber erſt in drei Terminen mit einjährigem Zwiſchenraum,' annua, bima, trima die reſtituirt werden.*)

Juſtinian, durch dieſes die Frau beeinträchtigende Recht der rei uxoriae actio bewogen, hob dieſe Klage der Sache und dem Namen nach auf, oder verwandelte ſie in eine von ihm ſo genannte ex stipulatu actio; deshalb ſo genannt, weil fingirt werden ſoll, daß die Reſtitution ausdrücklich ſtipulirt wäre.**)

Das Reſultat dieſer Aenderungen iſt 1) daß die Rückforderungsklage als eine ex stipulatu actio nun auch auf die Erben der Frau übergeht.***) 2) Trotz ihres Namens und Fundamentes aber ſoll dieſe Klage bonae fidei ſein.†) 3) Der

---

*) Ulp. VI, 8. „Dos si pondere, numero, mensura contineatur, annua, bima, trima die redditur; nisi si, ut praesens reddatur, convenerit. Reliquae dotes statim redduntur."

**) L. unic. pr. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus praestita. (5, 13). „Rem in praesenti non minimam aggredimur, sed in omni paene corpore juris effusam, tam super rei uxoriae actione quam ex stipulatu, earum communiones et differentias resecantes, et in unum tramitem ex stipulatu actionis totum rei uxoriae jus, quod dignum esse valere censemus, concludentes. Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta."

***) L. unic. § 4 C. h. t. (5, 13). „Maneat ex stipulatu actionis jus ad successores et sine mora transmissionis incorruptum."

†) L. unic. § 2 C. h. t. (5, 13). „Sed etsi non ignoramus, ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam, et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accommodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium. Et omnes quidem eventus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens; si quid autem optimum ex rei uxoriae actione invenimus, hoc in praesenti specialiter ei addimus, ut sit et nova ista ex stipulatu, quam composuimus,

Beklagte, der Mann ſelbſt oder der Erbe deſſelben, ſoll die Dotalgrundſtücke ſogleich, die beweglichen Sachen innerhalb eines Jahres reſtituiren.*) 4) Derſelbe ſoll keinerlei Retentionen gegen dieſe Klage geltend machen,**) nicht einmal wegen der impensae. Die necessariae aber ſollen ipso jure die dos verkleinern. Wegen der utiles iſt ihm, wenn

---

et non propria tantum, sed etiam veteris actionis pulcritudine decorata."

*) L. unic. § 7 C. h. t. (5, 13). „Exactio autem dotis celebretur non annua bima trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus vel se moventibus vel incorporalibus; ceteris videlicet rebus, quae solo continentur, illico restituendis, quod commune utriusque fuerat actionis."

**) L. unic. § 5 C. h. t. (5, 13). „Taceat in ea retentionum verbositas. Quid enim opus est inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex constitutionibus introducto? Vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, quum sit donatori facultas, per actionem in rem directam vel per utilem vel per condictionem suo juri mederi? Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, quum pateat omnibus maritis rerum amotarum judicium. Sileat ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur. Ne varium genus culpae mariti contra uxores excogitent, ut possint eadem retentione contra eas uti, quum jam et imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat. Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Quum enim necessariae quidem expensae dotis minuunt quantitatem, utiles autem expensae non aliter in rei uxoriae actione detinebantur, nisi ex voluntate mulieris, non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra uxorem indulgeri, quatenus possit per hanc hoc, quod utiliter impensum est, asservari; vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficit actio. Quodsi voluptariae sint, licet voluntate ejus expensae, deductio operis, quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem."

er ſie im Auftrage der Frau verwandte, die mandati actio, ſonſt die negotiorum gestorum contraria gegeben. In Beziehung auf die voluptuariae hat er nur das jus tollendi.

Größtentheils in unmittelbarer Folge dieſer Verwandlung der rei uxoriae actio geſtaltet ſich das Rückforderungsrecht der dos für das neueſte Recht folgendermaaßen:

1) Wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufhörte, ſo fordern jetzt: a) die adventitia dos die Erben der Frau.*) b) die profectitia zunächſt der Vater;**) wenn aber dieſer ſchon verſtorben war, wieder die Erben der Frau.

2) Wenn die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung aufhörte, und a) die Frau sui juris iſt, ſo hat ſie das Recht auf die profectitia wie die adventitia, und transmittirt dieſes auch, wenn ſie vor der Ausübung deſſelben ſtirbt, auf ihre Erben. b) Iſt die Frau noch in väterlicher Gewalt, ſo hat α) die profectitia der Vater für die Tochter zu fordern und für dieſe zu verwahren, β) die adventitia aber fordert die Tochter für ihr peculium adventitium mit Zuſtimmung des Vaters, der auch die Verwaltung und den Nießbrauch behält.

Ausnahmsweiſe kann übrigens, wenn durch ſchlechte Verwaltung oder Inſolvenz des Mannes die endliche Reſtitution der dos gefährdet wird, ſchon während***) der Ehe die Auslieferung derſelben von ihm verlangt werden.

---

*) L. un. § 6 C. de rei uxor. act. (5, 13) cit.

**) L. 6 pr. D. de jure dot. (23, 3). „Jure succursum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.“
L. 4 C. soluto matrimonio quemadmodum (5, 18).

***) L. 24 pr. D. soluto matrimonio (24, 3). „Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.“
L. 22 § 8 D. h. t. (24, 3).

Zu den ſingulären Begünſtigungen, welche die Dotalforderung der Frau genießt, gehört außer dem privilegirten geſetzlichen generellen Pfandrecht auch die, daß ſie nach Juſtinians Verordnung von dem Augenblick, wo die Reſtitutionsverbindlichkeit für den Mann oder deſſen Erben exiſtirt, ipso jure das Eigenthum*) an den vorhandenen Dotalſachen erwirbt.

§ 15.

b) Propter nuptias donatio.

So heißen nach Juſtinians Vorſchrift**) die Güter, welche von Seiten des Mannes, entweder von ihm ſelbſt oder

*) L. 30 C. de jure dot. (5, 12). „In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, quum eaedem res et ab initio uxoris fuerant, et naturaliter in ejus permanserunt dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque, eam in rem actionem quasi in hujusmodi rebus propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut, sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissime consulatur.“

**) L. 20 C. de donat. ante nuptias (5, 3).

§ 3 I. de donat. (II, 7). „Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur et tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, quum matrimonium fuerit insecutum; ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem Divus Justinus, pater noster, quum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenerit, etiam ante nuptias donationem augeri constante matrimonio sua Constitutione (l. 19 C. de don. a. nupt. [V, 3])

von einem Dritten für ihn zu gleichem Zweck, wie die dos von Seiten der Frau, in die Ehe gebracht werden. Dieſem Zweck gemäß iſt während der Ehe der Mann Eigenthümer derſelben, überhaupt auf gleiche Weiſe berechtigt, aber auch verpflichtet, wie rückſichtlich der dos. Der Urſprung des Inſtituts beruht auf bloßer Sitte; ſchon von alter Zeit her pflegte ſolche Schenkung unter dem Namen ante nuptias donatio als eine sponsalitia largitas von Seiten des Mannes zu geſchehen. Dieſelbe war, wie der Name und die erſt von Juſtinian aufgehobene Nothwendigkeit der Inſinuation andeutet, *) in der Regel eine wahre Schenkung, eine Liberalität ohne Rechtsnothwendigkeit. Für den Fall aber, wo durch beſondere Verträge ausgemacht war, daß bei Auflöſung der Ehe der Mann die dos behalten ſolle, war von ſeiner Seite die Illation einer donatio propter nuptias von gleicher Größe wie die dos und mit gleicher Berechtigung der Frau, wie die ſeinige rückſichtlich der dos, nothwendig. **) Wo ſolche Verträge fehlen, behält a) beim Tode der Frau, b) im Falle der Scheidung, die er nicht ſelbſt verſchuldete 1) der Mann ***) die donatio propter nuptias. Bei der Auflöſung der Ehe a) durch den Tod des Mannes oder b) durch eine von ihm verſchuldete Scheidung hat 2) die Frau die durch eine geſetzliche Generalhypothek geſicherte Forderung der donatio propter nuptias.

---

permisit. Sed tamen nomen inconveniens remanebat, quum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus (l. 29 C. de don. a. nupt. [V, 3]), ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant; et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur; et dotibus in hoc exaequentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur et constituantur."

*) L. 20 C. h. t. (5, 3).

**) L. 9. 10 C. de pact. conventis. (5, 14). Nov. 97 c. 2.

***) Nov. 22 c. 20 § 1.

§ 16.

c) Paraphernalvermögen, Parapherna.

So heißt das eigenthümliche Vermögen der Frau, welches nicht φερνή, dos iſt. An dieſem hat der Mann ipso jure durch die Ehe kein Recht; doch kann ihm durch beſondere Uebereinkunft Eigenthum,*) Nießbrauch oder die bloße Verwaltung eingeräumt werden. Dieſe letztere Abſicht wird in dem Fall, wo dem Manne der Beſitz der Paraphernalgüter und Urkunden übergeben iſt, präſumirt,**) ſo lange nicht eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende entgegenſtehende Abſicht vorliegt.

§ 17.

d) Schenkungen unter Ehegatten, Donationes inter virum et uxorem.

Obgleich die Ehegatten in vermögensrechtlicher Beziehung vollkommen getrennte ſelbſtſtändige Perſonen ſind, und von dieſer Seite aus Schenkungen ſo gut wie andere Verträge unter ihnen möglich ſind, ſo waren von Alters her doch die Schenkungen unter Eheleuten nur ſehr ausnahmsweiſe gültig, in der Regel aber ipso jure nichtig und zwar, weil es ſchien, daß das eheliche Verhältniß auf der einen Seite zu leicht zu unüberlegter, übermäßiger Liberalität und daher auf der andern Seite zum Mißbrauch und Eigennutz verführen könne.***) Gemäß dem Grunde des Verbots ſind ausnahmsweiſe erlaubt, z. B. die Schenkun-

---

*) L. 9 § 3 D. de jure dot. (23, 3). „Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα (praeter dotem illata) dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti? Et putem, si sic dentur, ut fiant, effici mariti; et quum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut Divus Marcus et Imperator noster cum patre rescripserunt.“

**) L. 11 C. de pact. convent. (5, 14).

***) L. 1 D. de donat. inter virum et uxorem (24, 1). „Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.“

gen auf den Fall des Todes*) und der Scheidung,**) die gegenſeitigen,***) die geringfügigen und diejenigen Schenkungen, welche keine eigentliche Vermögensbereicherung für den Beſchenkten enthalten, z. B. was zur Freilaſſung von Sclaven, zur Erlangung einer Würde gegeben wurde.

Jede nicht zu dieſen Ausnahmen gehörige Schenkung iſt ipso jure null,†) ſo daß das Gegebene, wenn es in specie vorhanden iſt, vindicirt oder wenigſtens der noch vorhandene Werth condicirt werden kann.††) Stirbt aber der Schenker während der Ehe vor dem Beſchenkten ohne wiederrufen zu haben,†††) ſo convalescirt dadurch auch die anfangs nichtige Schenkung.

---

*) L. 9 § 2. L. 10 D. h. t. (24, 1). „Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt. L. 10. — quia in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt.“

**) L. 11 § 11 D. h. t. (24, 1). „Idem ait, si divortii causa facta sit donatio, valere.“

***) L. 7 § 2 D. h. t. (24, 1). „Si vir et uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumserit, recte placuit, compensationem fieri donationum; et hoc Divus Hadrianus constituit.“

†) L. 3 § 10 D. h. t. (24, 1). „Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quidquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet; ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt.“

††) L. 5 § 18 D. h. t. (24, 1). „In donationibus autem jure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo, ab eave, cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.“

†††) L. 32 § 1. 2. 3. D. h. t. (24, 1).

§ 18.

e) Eheverträge, Pacta dotalia, nuptialia.

Die durch die Ehe ipso jure ſowohl für die perſönlichen als für die Vermögensverhältniſſe der Ehegatten eintretenden Rechtsnormen können durch formloſe Verträge, pacta dotalia, nuptialia vor der Ehe oder während der Ehe bis zu einem gewiſſen Grade willkührlich modificirt werden, wenn ſie nur nicht etwas dem ſittlich oder juriſtiſch Weſentlichen dieſer Vorſchriften Widerſtreitendes enthalten. Als ſolche würde z. B. alle Mal der Vertrag, durch welchen auf das Recht der Scheidung im Falle der Untreue, auf die Rückforderung geſchenkter oder geſtohlener Sachen,*) auf das beneficium competentiae verzichtet**) würde, häufig auch der Vertrag, durch welchen dem Manne das Einforderungs- oder der Frau das Rückforderungsrecht der dos genommen würde, nichtig oder unwirkſam ſein.

§ 19.

B. Auflöſung der Ehe.

1) Durch den Tod wurde natürlich im älteſten, wie im neuſten Recht die Ehe ipso jure aufgelöſt. Von den älteſten Zeiten aber war auch eine willkührliche Aufhebung möglich.

---

*) L. 5 D. de pact. dotal. (23, 4). „Illud convenire non potest, ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur, ne publica coërcitio privata pactione tollatur. § 1. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero jus civile impugnatur. § 2. Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso jure minuunt."

**) L. 14 § 1 D. soluto matrimonio. (24, 3). „Eleganter quaerit Pomponius libro quintodecimo ex Sabino, si paciscatur maritus, ne in id, quod facere possit, condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? Et negat servari oportere. Quod quidem et mihi videtur verum, namque contra bonos mores id pactum esse, melius est dicere, quippe quum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet."

2) Durch Scheidung, divortium, repudium. Die älteſte Zeit hatte in Uebereinſtimmung mit ihrer ganzen Auffaſſung der Ehe gar keine directe juriſtiſche Scheidungsverbote. Dem Rechte nach konnte jeder von beiden Gatten ohne beſondern Grund und ohne Form die Ehe aufheben. Dennoch wird berichtet, daß in den alten Zeiten Eheſcheidungen etwas Unerhörtes geweſen ſeien. Wenn nun auch der Skepſis eingeräumt werden kann, daß nicht Alles, was geſchieht, auch gehört und erzählt wird, wenn der moraliſchen Anatomie auch zugeſtanden wird, daß dieſes Reſultat nicht lediglich Verdienſt unmittelbarer und verſuchter ſittlicher Standhaftigkeit war, daß Vieles davon, wie man ſagt, erklärt wird durch die der Frau zur Pflicht gemachte Nachſicht gegen Untreue des Mannes, durch die faſt morgenländiſche Strenge der Erziehung und Zurückgezogenheit der Frauen, durch die Schwierigkeit der Wiederverheirathung der Wittwen, durch die Furcht vor der öffentlichen Meinung und der dieſe repräſentirenden nota censoria, ſo bleibt nach allen dieſen Abzügen das Römiſche Scheidungsrecht doch ein dieſes Volk auszeichnendes Denkmal urſprünglicher Sittlichkeit und legislativer Weisheit, welche auch nach dem Zerfall jener Sittlichkeit ſich niemals verſuchen ließ ein Gebiet zu beſchreiten, auf welchem das Rechtsgeſetz entweder überflüſſig oder ohnmächtig iſt. Denn auch nachdem das freie Eheſcheidungsrecht mit der zügelloſeſten Frivolität gemißbraucht wurde, enthielt die Geſetzgebung ſich doch jedes directen Verbotes der Scheidung; dieſelbe blieb vielmehr frei bis zu Ende. Auch ſelbſt der indirecte Zwang durch Vermögensſtrafen iſt viel häufiger eine billige Würdigung der verſchuldeten Folgen der Scheidung oder eine Strafe des verſchuldeten Grundes der Scheidung, als der Scheidung ſelbſt.

Die erſte Einmiſchung der Geſetzgebung beſtand darin, daß eine beſtimmte Form der Scheidung vorgeſchrieben wurde, welche dieſelbe keineswegs erſchweren, ſondern nur gewiß machen ſollte, theils wegen des status und der Anſprüche der Kinder, theils wegen der Anklage des adulterium und der Bigamie, theils wegen des Erbrechts der Ehegatten gegen einander ꝛc. Vielleicht auf Verordnung der lex Julia de adulteriis ſollte die Schei-

dung zum Vortheil des ſich auf dieſelbe Berufenden nicht anders als geſchehen gelten, als wenn ſie durch einen Freigelaſſenen nebſt 7 erwachſenen Römiſchen Bürgern als Zeugen dem andern Ehegatten kund gethan war.*) Zum Nachtheil deſſen aber, welcher die Beobachtung der Form verſäumte, gilt auch die formloſe Scheidung. Später trat an die Stelle dieſer Form die ſchriftliche Aufkündigung durch einen repudii libellus.**)

Allmählig nun wurden unter den Kaiſern 1) wegen grundloſer Scheidung durch einſeitiges Repudium und 2) gegen denjenigen Ehegatten, der dem andern gerechten Grund zur Scheidung gab, Vermögensſtrafen und ſelbſt Criminalſtrafen eingeführt. Juſtinian vermehrte und änderte dieſe, und belegte 3) auch die Scheidung durch beiderſeitige Uebereinkunft mit Vermögensſtrafen.

Nach dem neuſten Juſtinianiſchen Recht iſt ohne alle Nachtheile 1) die Scheidung durch gegenſeitige Uebereinkunft (bona gratia), wenn beide Theile ins Kloſter gehen.***) 2) Durch einſeitige Kündigung, wenn der andere Theil durch Vergehen eine gerechte Veranlaſſung giebt. Solcher Vergehen ſind von den Geſetzen sechs †) nahmhaft gemacht, welche den Mann, fünf, ††) welche die Frau zu einer für den Un-

---

*) L. 9 D. de divort. et repud. (24, 2). „Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum ejus, qui divortium faciet. Libertum accipiemus etiam eum, qui a patre, avo, proavo, et ceteris sursum versum manumissus sit.“
L. 2 § 1. 2. D. h. t. (24, 2). „In repudiis autem, id est renuntiatione, comprobata sunt haec verba: „tuas res tibi habeto,“ item haec: „tuas res tibi agito.“ § 2. In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere, in qua re haec verba probata sunt: „conditione tua non utor.“

**) L. 6 C. de repudiis (5, 17).

***) Nov. 117 c. 10.

†) Nov. 117 c. 8.

††) Nov. 117 c. 9.

ſchuldigen in aller Beziehung ſtrafloſen Scheidung berechtigen. Außerdem darf die Frau wegen Impotenz des Mannes, welche von Anfang der Ehe vorhanden war, ſich von demſelben ſcheiden. *) Wenn einer der Ehegatten ohne einen dieſer geſetzlichen Gründe einſeitig oder durch Uebereinkunft die Ehe aufhebt, oder durch ſein Vergeben die vom andern Ehegatten ausgegangene Scheidung verſchuldet hat, ſo verliert in der Regel der ſchuldige Mann die donatio propter nuptias, die Frau die dos, welche ſie zu fordern hatte, **) oder wenn ſolche nicht vorhanden waren, der eine wie die andere den vierten Theil des eigenen Vermögens, doch nie mehr als den Werth von 100 Pfund Goldes ***) an den Unſchuldigen. Dieſe Vermögensentziehungen aber können unter Umſtänden noch geſteigert oder mit anderen, und ſogar mit Criminalſtrafen wegen des verſchuldeten Grundes der Scheidung cumulirt werden.

§ 20.

Von der zweiten Ehe; Secundae nuptiae.

Eine ſucceſſive Bigamie war ohne Unterſchied, ob die erſte Ehe durch Tod oder Scheidung getrennt war, zu allen Zeiten erlaubt. Doch treffen im neuen Recht den zur zweiten Ehe Schreitenden, conjux binubus, größtentheils zum Vortheil der Kinder erſter Ehe mancherlei Vermögensnachtheile. Die bemerkenswertheſten ſind:

1) Sowohl der Mann als die Frau verliert durch die zweite Ehe die lucra nuptialia aus der erſten Ehe. Darunter iſt zu verſtehen Alles, was ein Ehegatte im Leben oder auf den Todesfall von dem erſten Ehegatten aus Liberalität oder aus Rechtsnothwendigkeit, z. B. wegen einer von demſelben verſchuldeten Scheidung erhalten hat. Dieſe lucra nuptialia erwerben die Kinder erſter Ehe †) zu Eigenthum, aber ſo,

---

*) Nov. 117 c. 12.

**) L. 8 § 4. 5. C. de repud. (5, 17).

***) L. 11 § 1 C. h. t. (5, 17).

†) L. 3 pr. C. de secund. nupt. (5, 9).

daß der usufructus dem parens binubus, an deſſen Vermögen die Kinder wegen der Reſtitution ein geſetzliches Pfandrecht bekommen, bleibt.

2) Der binubus darf dem zweiten Ehegatten weder unter Lebenden noch auf den Todesfall Mehr zuwenden, als einem Kinde erſter Ehe.*) Die dawider laufende Diſpoſition iſt zu Gunſten des mindeſt bedachten Kindes ipſo jure null.
3) Jeder binubus verliert natürlich Alles, was ihm vom erſten Ehegatten unter der Bedingung der Viduität zugewandt iſt.**)

Die zur zweiten Ehe ſchreitende Frau verliert insbeſondere die Vormundſchaft über ihre Kinder erſter Ehe.

Außer den Nachtheilen der zweiten Ehe iſt die Frau noch beſondern Strafen unterworfen, wenn ſie innerhalb eines Jahres nach Auflöſung der Ehe eine zweite Ehe eingeht oder außerehelich Unzucht treibt; nicht aber, wenn ſie ſich nur verlobt, oder in Folge der erſten Ehe vor Eingehung der zweiten geboren hat. Denn der politiſche Grund des Geſetzes iſt die befürchtete perturbatio sanguinis. Im Uebertretungsfall wird die Frau ſelbſt nebſt ihrem Ehegatten und denen, welche in dieſe Ehe einzuwilligen hatten, und einwilligten, infam. Sie darf dem zweiten Gatten in keiner Weiſe mehr als den dritten Theil ihres Vermögens zuwenden. Sie kann durch letztwillige Verfügung von Niemandem erwerben, und ab intestato nur bis zum dritten Grade erben.***)

*) L. 6 pr. C. h. t. (5, 9). „Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si, ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve ad secunda vel tertia aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercae seu vitrico testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatisve jure, sive legati vel fideicommissi titulo plus derelinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus (quae, etsi constante matrimonio civili jure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent), quam filio vel filiae, si unus vel una exstiterit.“

**) Nov. 22 c. 43. 44.

***) L. 1 C. de secund. nupt. (5, 9). „Si qua mulier nequaquam

§ 21.
Eheloſigkeit.

Während das ältere Recht nur ſehr ausnahmsweiſe die Eheloſen, caelibes, und Kinderloſen, orbi, mit einzelnen Steuern belegt hatte, wurden durch die Lex Julia et Papia Poppaea unter Auguſtus gegen beide eine Menge von Strafen nebſt Prämien für eine gewiſſe nach dem Stande und Wohnort genau beſtimmte Kinderzahl eingeführt. Außer den hierher gehörigen und andern Verfügungen führte das Geſetz theils zu Gunſten des Aerarium, theils zu Gunſten von Privatperſonen auch namentlich eine Menge von Caducitäten von Erbſchaften und Vermächtniſſen ein. Dieſes von Auguſtus ſeit dem Jahre 737 intendirte Geſetz, welches erſt nach vielem Widerſtande publicirt wurde und nach mehrjähriger Vacation im Jahre 762 in Kraft trat, ruhte faſt allein auf politiſchen, alſo vorübergehenden Gründen, und wurde demgemäß von den chriſtlichen Kaiſern allmählig aufgehoben. Die Strafe der caelibes und orbi hob Con-

---

luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex jure quidem notissimo sit infamis; praeterea secundo viro ultra tertiam partem bonorum in dotem non det, neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat; omnium praeterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. Haec namque ab heredibus vel coheredibus aut ab intestato succedentibus vindicari jubemus, ne in his, in quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. His etiam amittendis, quae prior maritus ei suprema reliquerit voluntate, quamquam haec, quae mulieri a priore viro relinquuntur, et per immaturum matrimonium vacuata esse coeperint, primo a decem personis edicto praetoris enumeratis, id est ascendentibus et descendentibus et ex latere usque ad secundum gradum, scilicet gradibus servatis, deinde praesumi a fisco jubemus. Eandem quoque mulierem infamem redditam hereditates ab intestato, vel legitimas vel honorarias, non ultra tertium gradum sinimus vindicare.“

ſtantin,*) den letzten Reſt der Caducitäten erſt Juſtinian auf.**)

§ 22.
Concubinat.

In der alten Zeit gab es keine erlaubte geſchlechtliche Verbindung außer der Ehe; aber ſchon die lex Julia et Papia Poppaea erkannte nicht bloß ein ſolches an, ſondern begünſtigte es im Verhältniß zur Eheloſigkeit, und fing an demſelben beſtimmte Rechtsnormen zu geben, welche die folgenden Kaiſer vermehrten. So entſtand der Concubinat. Derſelbe iſt, wie die Ehe, lebenslänglich und ausſchließlich; Niemand kann zwei Concubinen haben oder neben der Ehe im Concubinat leben.***) Der weſentlichſte Unterſchied beſteht darin, daß die Concubine nicht in den Rang und Stand des Mannes tritt,†) daß die Kinder, welche insbeſondere naturales liberi heißen, nicht in der väterlichen Gewalt ſind, und in Beziehung auf Alimente und Erbrecht nicht die Anſprüche ehelicher Kinder haben; daß die Beſtimmungen, welche in dem eigentlichen affectus maritalis ihren Grund haben, die Schenkungsverbote für Ehegatten, die Ausſchließung der actiones famosae ceſſiren, wogegen

---

*) L. 1 C. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis (8, 58). Imp. Constantinus A. ad populum. „Qui jure vetere coelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur, atque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa conditio capessendi, quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur; proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas aestimamus, earumque cervicibus imposita juris imperia, velut quaedam juga, solvimus promiscue omnibus.“

**) L. 1. 2. C. de jure liberorum (8, 59).

***) L. un. C. de concubinis (5, 26). „Nemini licentia concedatur, constante matrimonio concubinam penes se habere.“

†) L. 49 § 4 D. de leg. (32). „Parvi autem refert, uxori, an concubinae quis leget, quae ejus causa emta parata sunt; sane enim, nisi dignitate, nihil interest.“

diejenigen Normen, welche die natürliche Seite, das phyſiſche Alter, die zu nahe Verwandtſchaft der Concumbenten betreffen, hier, wie bei der Ehe gelten. Obgleich der Concubinat von den chriſtlichen Kaiſern nicht begünſtigt wurde, ſo erhielt er ſich doch noch weit über Juſtinians Zeit, zum großen Theil dadurch, daß für gewiſſe Perſonen von gewiſſem höhern Range und Amte die Ehe mit gewiſſen Perſonen niedrigern Standes nicht zuläſſig war.*)

Zweites Capitel.

Väterliche Gewalt.

Nachdem die Gewalt des Familienhauptes über die in der Familie befindlichen Deſcendenten ſich mehr durch die Sitte als durch ausdrückliche Geſetze zu einer auf eigenthümliche Weiſe beſchränkten Gewalt, neben dem dominium und neben der manus, neben der servitus und dem Verhältniß derer in mancipio aus dem alten patrimonium, manus ausgeſondert hatte, fing dieſelbe vielleicht ſchon in den erſten Jahrhunderten nach den XII Tafeln an, auch mit einem unterſcheidenden Namen patria potestas bezeichnet zu werden, welcher vom Ende der Rupublik an, wenigſtens unter den Juriſten, der allein gewöhnliche iſt; wenn auch die ältere allgemeinere Bezeichnung patrimonium, manus noch im Volke und von Nichtjuriſten gebraucht wurde.**)

Die Kinder ſelbſt werden, wenn ſie auch in der Familie oder im familiären Ton des täglichen Lebens auch außerhalb derſelben gleich den Sclaven wohl pueri, Jungen, Burſchen, puellae, Mädchen genannt werden, wie ſie insgeſammt das Familienhaupt in gleicher Weiſe pater, den Alten nennen, doch in der juriſtiſchen und genaueren Sprache im Gegenſatz gegen die Unfreien, servi die Freien, liberi, die Kinder der Familie, filii und filiaefamilias genannt.

*) Dig. de concubinis (25, 7).

**) Liv. III, 45. „in ea quae in patris manu sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat."

I. Wirkungen und Inhalt der patria potestas.

§ 1.

A. In Beziehung auf die Perſon des Kindes.

Die Unbeſchränktheit auch noch der patria potestas*) iſt ausgeſprochen in dem dem Vater zuſtändigen jus vendendi und in dem jus vitae et necis. Das erſtere war ſchon in den XII Tafeln ausdrücklich beſchränkt durch den Satz: „si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.“ Wenn ein Vater den Sohn dreimal fiducia in fremde Gewalt gegeben, z. B. ihn verpfändet, vermiethet, noxae dedirt hatte, ſo ſollte das Kind vom Vater frei ſein.**) Die frühe ausdrückliche Beſchränkung dieſer Berechtigung zeigt, wie ſehr die Ausübung derſelben dem allgemeinen ſittlichen Urtheil widerſprach. Und es war ohne Zweifel die erſte weſentliche Unterſcheidung der Kinder von den Sclaven, der Perſon von der Sache, daß die erſtern der Venalität entzogen wurden; wie man kein Kind kaufen könne, ſchien es, könne man auch keines verkaufen. Die Kinder wurden, während die übrigen Gegenſtände der alten familia allmählig in das Gebiet der willkührlich veräußerlichen pecunia übergingen, immermehr als reciprok und unveräußerlich angehörig betrachtet.***)

Dieſem Zuge widerſpricht es nun keineswegs, daß das jus vitae et necis dem Buchſtaben nach ſo viel länger ganz unbeſchränkt blieb. Denn durch die Art, wie es factiſch ausgeübt wurde und bald ausgeübt werden mußte, giebt es ſich vielmehr als eine der Familie über die Ihrigen zuſtändige Gerichtsbarkeit, denn als eine Willkühr des einen Individuums zu erkennen. Es gab in der älteſten Zeit wegen Verbrechen in der Familie, wie Gentilgericht, ſo auch Familiengerichte, und zwar nicht bloß über die Descendenten, ſondern auch über die agnatiſchen Glieder, vor welcher auch der Ver-

---

*) Gaj. I. § 55.

**) Vgl. § 8 pag. 108. 109.

***) Vgl. § 3 pag. 96; § 35 pag. 153 ff.

wandtenmord gerichtet wurde, unter welchen die Tödtung der Kinder durch den Vater nicht fiel. Als die lex *Pompeja* de parricidiis die übrigen Tödtungen von Verwandten unter die Strafe und Gerichtsbarkeit der *gemeinen* Tödtung ſtellte,*) blieb doch das *väterliche* jus vitae et necis über die Kinder noch *unverändert*. Daſſelbe aber mußte immer, wenn der Vater den Schuldigen nicht an die *öffentlichen* Gerichte überliefern wollte,**) in Form von *Urtheil* und *Recht* ausgeübt werden; widrigenfalls ſetzte ſich der Vater einer extraordinaria coercitio aus, oder wurde gar nach der lex Cornelia wegen Tödtung beſtraft.***)

Erſt *Conſtantin* der Große hob conſequent auch dieſen Reſt patriarchaliſcher, republicaniſcher Berechtigung auf, der in der That unverträglich war mit der *reinen Unterthanen-* und *Privatqualität*, welche nach der gänzlichen Entziehung auch aller übrigen Souveränitätsrechte in der reinen *Beamtenmonarchie* nunmehr der *einzelne Bürger* einnahm. Die Tödtung der Kinder wurde von dem Kaiſer ſogar mit der auf *alle Verwandtenmorde ausgedehnten alten* Strafe des *eigentlichen* parricidium, *Elternmord*, belegt.†)

---

*) L. 1 pr. D. de lege Pompeja de parricid. (48, 9). „Lege Pompeja de parricidiis cavetur, ut si quis patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socrum, vitricum, privignum, privignam, patronum, patronam occiderit, cujusve dolo malo id factum erit, ut poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis. Sed *et mater*, quae *filium filiamve* occiderit, ejus legis poena afficitur.“

**) L. 2 D. ad leg. Cornel. de sicar. (48, 8). „*Inauditum* filium *pater occidere non potest*, sed *accusare* eum apud *praefectum praesidemve* provinciae debet.“

***) L. 5 D. de lege Pompeja de parricid. (48, 9). „*Divus Hadrianus* fertur, quum in venatione *filium* suum quidam *necaverat*, qui novercam adulterabat; *in insulam eum deportasse*, quod *latronis* magis, quam *patris* jure eum interfecit; nam *patria potestas* in *pietate* debet, *non atrocitate* consistere.“

†) L. un. C. de his, qui parentes vel liberos occiderint. (9, 17).

Derſelbe Kaiſer geſtattete das ſchon früher aufgehobene*) jus vendendi noch in dem einzigen Fall, wenn die Eltern wegen der äußerſten Armuth ihre Kinder nicht ſelbſt ernähren konnten.**)

Der Vater hatte um ſein abſolut ausſchließendes Recht an der Perſon des Kindes geltend zu machen, gegen alle, welche ihm daſſelbe vorenthielten, eine vindicatio. Dieſelbe war aber natürlich nicht eine rei vindicatio, weil der Sohn keine res war, ſondern eine filii vindicatio. Der Vater konnte nicht wie bei der vindicatio eines Sclaven oder einer andern Sache, ſchlechthin intendiren: „suum esse ex jure Quiritium s. ex jure Romano;" daß er: „ſein ohne Weiteres ſei;" denn das hieße, daß er ſeine Sache ſei, ſondern mußte vielmehr mit Hinzufügung der Modification intendiren, daß es „ſein Sohn," oder „in ſeiner väterlichen Gewalt" ſei: „filium suum, vel

„Si quis parentis, aut filii, aut omnino adfectionis ejus, quae nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam, sive palam id enisus fuerit, poena parricidii puniatur; et neque gladio, neque ignibus, neque ulli alii solemni poenae subjugetur, sed insutus culeo cum cane et gallo gallinaceo, et vipera, et simia et inter eas ferales angustias comprehensus, serpentium contuberniis misceatur; et ut regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur, ut omni elementorum usu vivus carere incipiat, et ei coelum superstiti, terra mortuo auferatur."

*) L. 1 C. de patribus, qui filios suos distraxerunt. (4, 43). Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Papinianae „Liberos a parentibus neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris jure, aut alio quolibet modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis, in alium transferri posse, manifesti juris est."

**) L. 2 C. h. t. (4, 43). Imp. Constantinus A. provincialibus suis. — „Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente, emtor obtinendi ejus servitii habeat facultatem. Liceat autem ipsi, qui vendidit vel qui alienatus est, aut cuilibet alii ad ingenuitatem eum propriam repetere, modo si aut pretium offerat, quod potest valere, aut mancipium pro hujusmodi praestet."

in potestate sua ex jure Quiritium esse.“ Aber ſchon in der claſſiſchen Zeit bediente man ſich ſtatt der vindicatio der Präjudicialklagen und der Interdicte de liberis exhibendis et ducendis. *)

Die Rechte der väterlichen Gewalt ceſſirten nun nicht bloß, wie ſchon erwähnt wurde, wenn ſie in Beziehung auf die verheirathete Tochter mit den Rechten des Ehemannes collidirten, ſondern noch vielmehr, ſo weit der Sohn ein munus publicum in Anſpruch nahm.

B. In Beziehung auf das Vermögen.

§ 2.

A. Vermögensloſigkeit der Kinder.

Aus der die Perſönlichkeit rechtlich vernichtenden willkührlichen Herrſchaft des Vaters über den Sohn folgt es, daß der Sohn, der nicht einmal ſich ſelbſt hatte, auch kein eignes Vermögen haben konnte. Sich ſelbſt gehören, für ſich

---

*) L. 1 pr. § 1. 2. D. de rei vind. (6, 1). „Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis. § 1. Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quae anima carent, et in his, quae solo continentur. § 2. Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt juris nostri, utputa liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur aut praejudiciis, aut interdictis, aut cognitione Praetoria; et ita Pomponius libro trigesimo septimo, nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit: „*filium* suum; vel *in potestate* ex jure Romano,“ videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adjecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.“

L. 1 pr. D. de liberis exhib. (43, 30). „Ait Praetor: „Qui quaeve in potestate Lucii Titii est, si is eave apud te est, dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset, ita eum eamve exhibeas.“

L. 3 pr. D. h. t. (43, 30). „Deinde ait Praetor: „Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est, quo minus eum Lucio Titio ducere liceat, vim fieri veto.“

ſein heißt: Perſönlichkeit haben. Es liegt alſo der Vermögensloſigkeit des Sohnes nicht die Fiction, daß die Perſon des Vaters und die Perſon des Kindes in Beziehung auf Vermögen eine Perſon geweſen, ſondern die Wahrheit zum Grunde, daß das Kind in der Familie in keiner Beziehung eine Perſon ſei; ſeine Perſönlichkeit iſt durchaus gebunden. Erſt ſeitdem in perſönlicher, unmittelbarer Weiſe dem Kinde ſeine Perſönlichkeit garantirt iſt, wird es auch fähig, eigenes Vermögen zu haben.

Die rechtliche Wirkung jener Stellung der Kinder, war 1) daß der filiusfamilias Alles, was er erwarb, für den Vater, oder der Vater, ſofern er wollte, Alles durch ihn erwarb*), Beſitz, dingliche Rechte, Forderungen; 2) daß keine Forderungen und Verbindlichkeiten zwiſchen Vater und Sohn beſtehen konnten. **)

3) Daß der Sohn dem Vater durch ſeine Contracte und Delicte keine Verpflichtung bringen konnte, ſofern der Vater dieſe nicht eingehen wollte. Allein ſo gut wie derſelbe einen durch den Sohn möglichen Erwerb ausſchlagen konnte, ſo gut konnte er ſich durch den Sohn verpflichten wollen.

---

*) Ulp. XIX, 18. 19. „Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu mancipiove habemus. Ita si quid, mancipio puta, acceperint, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. 19. Item si heredes instituti sint, legatumve eis sit, et hereditatem, jussu nostro adeuntes, nobis adquirunt, et legatum ad nos pertinet.“

Gaj. II, 89. 90. „Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio; cujus enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit. § 90. Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur quaeri solet, quia ipsas non possidemus.“

**) L. 2 pr. D. de contrah. emt. (18, 1). „Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed de rebus castrensibus potest.“

Insbeſondere Verpflichtung des Vaters durch den Sohn.

§ 3.

1. Durch Auftrag des Vaters; Quod jussu actio.

Wenn der Sohn im Auftrag des Vaters, jussu patris, einen Vertrag z. B. einen Kauf, Tauſch, Stipulation einging, ſo konnte der Vater ſelbſt mit der aus dieſem Geſchäft entſpringenden Klage, emti venditi, praescriptis verbis, condictio, welche hier nur den Zuſatz, „quod jussu“ bekam, vollaus belangt werden. *)

§ 4.

2. Durch Ertheilung eines peculium, peculium concessum; De peculio actio.

Eine ſtillſchweigende allgemeine Bevollmächtigung wurde aber auch von jeher darin gefunden, wenn der Vater einem Sohne oder Sclaven die Verwaltung eines gewiſſen zu dieſem Zweck ausgeſonderten Theiles ſeines Vermögens übergeben hatte, **) der dann Sondergut, peculium,

---

*) L. 1 pr. D. quod jussu (15, 4). „Merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet.“

L. 1 § 6 D. h. t. (15, 4). „Si ratum habuerit quis, quod servus ejus gesserit vel filius, Quod jussu actio in eos datur.“

**) L. 8 D. de peculio (15, 1). „Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit, aut quum apud eum esset, pro tradito habuit; desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simul atque noluit peculium servi, desinit peculium esse.“

L. 7 § 4. 5. D. h. t. (15, 1). „In peculio autem res esse possunt omnes, et mobiles, et soli; vicarios quoque in peculium potest habere, et vicariorum peculium, hoc amplius et nomina debitorum. § 5. Sed et si quid furti actione servo deberetur, vel alia actione, in peculium computabitur; hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait.“

ſpäter zur Unterſcheidung von andern Arten der Sondergüter peculium concessum, von den Neuern (profectitium), genannt wurde. Hier konnte alſo der Vater oder Herr aus den vom Sohn oder Sclaven in Beziehung auf das peculium eingegangenen Geſchäften mit der aus dieſen zuſtändigen Klage, welche, wie oben quod jussu, ſo hier de peculio actio hieß, bis auf den Betrag des peculium *) belangt werden, weil angenommen werden mußte, daß es ſeine Abſicht war, daß dies den Gläubigern haften und ſeines Sohnes und ſeinen eigenen Credit begründen ſollte. Er kann aber, wenn er auf das peculium belangt wird, noch ſeine eigenen, ſeiner andern Söhne, Sclaven und ſeiner socii Forderungen an dieſes peculium vorabziehen. **) Eigentliche Forderungen kann der Vater an dem ihm eigenthümlichen peculium nicht haben. Das, was er hier uneigentlich forbert, iſt eigentlich etwas, was er der Dispoſition des Sohnes, wie ihm das frei ſteht, ſchon wieder entzogen hat. ***)

Das peculium concessum s. a. patre profectum bleibt nämlich auch im neuſten Recht ſo durchaus Vermögen des Vaters, daß er es dem Sohne zu jeder Zeit willkührlich nehmen kann. Beim Tode des Sohnes wird es daher weder an deſſen Erben noch an den Vater vererbt, ſondern fällt an dieſen jure peculii zurück, d. h. es kehrt nach der Natur eines bloß factiſch abgeſonderten, juriſtiſch aber dem Vater

---

*) § 4 I. quod cum eo contractum (4, 7). „Praeterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen, sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur.“

**) § 4 I. quod cum eo contractum (4, 7). „Quum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quidquid servus domino sive, qui in potestate ejus sit, debet, et quod superest, id solum peculium intelligitur.“

***) L. 14 § 2 D. de peculio (15, 1).

verbliebenen Gutes an dieſen auch factiſch wieder zurück.

§ 5.

3. Merx peculiaris; Tributoria actio.

Eine billige den Gläubigern vortheilhafte Modification erleidet das Recht des Vaters, wenn das peculium aus einer merx, einer taberna beſteht. Hier ſoll der Herr kein Vorzugsrecht genießen, jedoch das Recht haben, das peculium unter ſich und den Gläubigern zu vertheilen, tribuere*). Wenn er dieſe Theilung nach der Gläubiger Meinung nicht redlich beſchafft oder gänzlich verweigert,**) ſo haben ſie gegen ihn zur Durchſetzung ihrer Anſprüche die actio tributoria.

§ 6.

4. In rem versio; Actio de in rem verso.

Wenn ohne ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Auftrag der Sohn ſich verpflichtet hat, und aus dieſem Geſchäfte dem Vater eine Bereicherung erwachſen iſt, in rem patris versum sit, ſo muß der Vater ſich mit der actio de in rem verso bis auf den Belang der Bereicherung belangen laſ-

---

*) § 3 I. quod cum eo contract. (4, 7). „Introduxit et aliam actionem Praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita Praetor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quae tributoria appellatur."

**) L. 7 § 4. 5 D. de tributoria actione (14, 4). „Sed etsi negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributoriae locus sit. Et est verior Labeonis sententia, tributoriam locum habere; alioquin expediet domino negare. § 5. Haec actio et perpetuo, et in heredem datur de eo duntaxat, quod ad eum pervenit."

ſen.*) Denn wenn er dieſe behalten wollte, ſo genehmigte er das Geſchäft, und müßte ſich auf das Ganze belangen laſſen. Genehmigt er aber das Geſchäft nicht, ſo iſt auch kein Grund, die Bereicherung zu behalten. Der Fall iſt ähnlich dem, wo der Sohn oder Sclave ohne Auftrag des Vaters ein Delict beging. Will der Vater den Sclaven behalten, ſo genehmigt er das Delict und muß die ganze Folge deſſelben büßen, genehmigt er aber das Delict und die Verurtheilung aus demſelben nicht, ſo kann er auch die den Beſchädigten beeinträchtigende Bereicherung durch das caput noxium nicht behalten.

§ 7.

Stillſchweigende und geſetzliche Beſchränkung der Vollmacht des Sohnes.

In der freiſten Bevollmächtigung des Sohnes, die der Vater nur um zu gewinnen giebt, liegt niemals die Erlaubniß zu Schenkungen oder zu Delicten. Weil beide ſchlechthin ärmer machen, kann für ſie die Einwilligung des Vaters oder Herrn nicht vermuthet werden. Aus den Delicten haften ſchon ſeit den Verordnungen Conſtantins, durch welche die Kinder in Beziehung auf ihre Perſon und Vermögen eine umfaſſendere Selbſtſtändigkeit bekamen, die Kinder ſelbſt,**)

---

*) § 4 I. quod cum eo contract. (4, 7). „In rem autem domini versum intelligitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus; veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit.“

L. 3 § 2 D. de in rem verso (15, 3). „Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem.“

§ 5 I. quod cum eo contract. (4, 7).

**) § 7 I. de noxal. act. (4, 8). „Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et feminis admiserunt. Nova

und die in Beziehung auf ſie aufgehobene noxalis actio und noxae deditio findet nur noch aus den Delicten der Sclaven und wegen pauperies Statt. In Beziehung auf die Obligationsfähigkeit des filiusfamilias beſtimmt noch beſonders das Sc. Macedonianum unter Claudius, daß, wer einem filiusfamilias als ſolchem ein Gelddarlehn gegeben, weder gegen den Vater noch gegen den Sohn jemals auf Rückzahlung deſſelben klagen dürfe.

Das Senatusconſultum muß demnach ceſſiren und gegen den Sohn die condictio ex mutuo wirkſam ſein a) wenn er auf ſein peculium castrense und quasi castrense geliehen hat; denn in Beziehung auf dieſes iſt er paterfamilias. b) Wenn der Sohn sui juris und volljährig geworden, als paterfamilias durch Genehmigung das Darlehn conſtituirt. Daſſelbe gilt, wenn c) der Sohn ſich doloſe für einen paterfamilias ausgab.

Das Sctum muß ferner ceſſiren und gegen den Vater die Klage wirkſam ſein, wenn ſie als quod jussu, de peculio, tributoria, de in rem verso actio angeſtellt werden kann; denn hier hat nicht der Sohn als ſolcher, ſondern der Vater durch ihn geliehen.*)

---

autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patietur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, quum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, quum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri."

*) § 7. 8. I. quod cum eo contract. (4, 7). „Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari iis, qui in parentis erunt potestate; et ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suae potestatis esse

Die, abgeſehen von dieſen und andern Fällen, dem Sohne, dem Vater oder beiden zuſtändige exceptio Sci Macedoniani kommt auch den Erben und ſelbſt den Bürgen zu Statten, obgleich das der Einrede des Scts unterliegende Darlehn ein naturale debitum begründet. Deshalb kann 1) das vom Vater ſelbſt oder vom Sohne mit dem ſeiner Disposition unterworfenen Gelde Gezahlte nicht als indebitum condicirt werden 2) kann eine wirkſame Novation und Pfandbeſtellung Statt finden.

B. Eignes Vermögen der Kinder.

§ 8.

1. Peculium castrense.

Schon von alter Zeit her mag es Gewohnheit geweſen ſein, daß die Väter auf die ſchwere und ehrenvolle eigne Errungenſchaft der Söhne durch den Militairdienſt keine Anſprüche machten. Dieſe Gewohnheit wurde durch die kaiſerliche Geſetzgebung mehr befeſtigt und erweitert, ſo daß zum castrense peculium allmählig nicht bloß die Kriegsbeute, der Sold, ſondern auch Geſchenke zur Ausrüſtung für den Dienſt, der Erwerb von Kameraden, die im Felde von der Frau gemachte Erbſchaft und aller aus caſtrenſiſchem Gelde oder caſtrenſiſchen Sachen gemachte Erwerb gezählt wurde.*) Das Recht des Sohnes auf dieſes Sondergut

coeperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quae ideo Senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur. § 8. Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam (si) principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur."

*) L. 1 C. de peculio militum. (12, 37). „Si in potestate tua

wurde allmählig dahin ausgebildet, daß er durchaus als paterfamilias gegen ſeinen Vater ſowohl als gegen Dritte daſtand,*) alſo beide ſowohl ſich, als ſich beiden vollwirkſam verpflichten konnte;**) daß er anfangs mit Bewilligung, und endlich ohne Bewilligung des Vaters über dieſes peculium auch letztwillig verfügen***) konnte. Erſt wenn er nicht teſtirt hatte, fiel nach dem früheren Recht daſſelbe dann jure peculii dem Vater zu,†) bis Juſtinian implicite auch dieſes Recht aufhob und das peculium castrense dem ordentlichen Erbgang unterwarf.

---

filius tuus fuit eo tempore, quo quaedam nomine ejus emisti, ea tua esse non dubitatur. Peculio autem castrensi cedunt res mobiles, quae eunti in militiam a patre, vel a matre aliisque propinquis, vel amicis donatae sunt; item quae in castris per occasionem militiae quaeruntur; in quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem, etiamsi res immobiles in his erunt. Matris autem hereditas, quamvis in militia delata sit, ad peculium castrense non pertinet. In castrensi vero peculio praedium, donatum non esse constat, quamvis empta ex castrensi peculio praedia ejus conditionis efficiantur."
L. 16 D. de castrensi pecul. (49, 17).

*) L. 3 C. h. t. (12, 37). „Errat qui tibi persuasit, quod nexu paternae potestatis jure sacramenti solutus es. Manent enim nihilo minus milites in potestate parentum, sed peculium castrense proprium habent: nec in eo ullum jus patris est."

**) L. 15 § 1. 2 D. de castrensi pecul. (49, 17). „Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio; ceterum ex qualibet alia causa non tenebit. § 2. Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur."

***) Ulp. XX § 10.

†) L. 5 C. h. t. (12, 37). „Intelligis filio, qui militavit, defuncto, peculium ejus penes patrem remansisse, non hereditatem patri quaesitam."
L. 12 D. de castrensi peculio (49, 17).

§ 9.

2. Quasi castrense peculium.

In den letzten Jahrhunderten der Kaiſerregierung von Conſtantin an bildete ſich an einem ähnlichen Erwerbe der Söhne ein ähnliches, unter Juſtinian ein vollkommen gleiches Recht, wie an dem militäriſchen peculium. Deshalb hieß daſſelbe quasi castrense, und betraf dasjenige, was der Sohn durch ein öffentliches Civilamt,*) durch ein geiſtliches Amt, durch Advocatur und durch Geſchenke des Kaiſers oder der Kaiſerin erwarb.**)

§ 10.

3. Peculium (adventitium ordinarium ſ. g.)

Das Princip, nach welchem die beiden genannten Peculien dem Sohne eigenthümlich gehören ſollten, weil ſie nämlich ſeine eigentliche Errungenſchaft, Erwerb durch eigne Kräfte waren, im Gegenſatz deſſen, was er von ſeinem Vater her, ex re patris profectum, als bloß concessum beſaß, wurde in der Folge noch weiter ausgedehnt.***)

Durch eine Verordnung Conſtantins ſollte aller Erwerb,

---

*) L. 7 C. de assessoribus (1, 51). „Velut castrense peculium filiifamilias assessores etiam post patris obitum vindicent, qui consiliis propriis administratores juvare consueverunt, si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerint."

**) L. 7 C. de bonis quae liberis (6, 61).

***) § 1 I. per quas personas nobis acquiritur. (2, 9). „Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris iis obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur. Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne quod ei ex suis laboribus vel prospera fortuna accessit, hoc ad alium perveniens luctuosum ei procedat."

L. 2 C. de bonis, quae liberis (6, 61).

den das Kind von ſeiner Mutter machte, bona materna,*) unter den folgenden Kaiſern auch der Erwerb von mütterlichen Verwandten, bona materni generis, und zuletzt aller Erwerb, den das Kind nicht als peculium castrense oder quasi castrense anderswoher als vom Vater macht, ihm eigenthümlich zufallen. An dieſen Gütern, die, weil ſie nicht eigentlich ex re patris kommen, auch nicht in rem patris fallen, ſoll jedoch der Vater regelmäßig den Nießbrauch haben, und die Verwaltung, betreffe ſie Erwerb, Veräußerung, Führung von Proceſſen oder die eigentliche Oekonomie, mit dem mündigen und anweſenden Sohne gemeinſchaftlich führen, den unmündigen und abweſenden Sohn in der Verwaltung ganz vertreten. Der Vater hat wegen dieſer Verwaltung zwar, wie ein procurator fremder Geſchäfte für omnis culpa zu haften,**) iſt aber zur Rechnungsablage ſo wenig verpflichtet, wie in Betreff des Nießbrauchs zur Beſtellung der cautio,***) die einem gewöhnlichen Fructuar obliegt; doch hat das Kind wegen Reſtitution der lucra nuptialia, die es zur Strafe der zweiten Ehe ſeines Vaters von dieſem als peculium erwirbt, ein generelles geſetzliches Pfandrecht am Vermögen des Vaters.

---

*) L. 1. 2 C. de bonis maternis et materni generis (6, 60).

**) L. 1 C. de bonis maternis (6, 60). „Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere, et quod jure filiis debetur, in examine per se vel per procuratorem poscere.“

***) L. 8 § 4 C. de bonis, quae liberis (6, 61). „Hoc procul dubio observando, ut et mancipia ipse usufructuarius aleret, et omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere, paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis, et a cautionibus, et ab aliis omnibus, quae ab usufructuariis extraneis a legibus exiguntur, secundum nostrae constitutionis tenorem, quam super hujusmodi casibus tulimus.“

§ 11.

4. Peculium (adventitium *irregulare* s. *extraordinarium* ſ. g.)

In einigen Fällen iſt dem Vater in Beziehung auf das peculium adventitium das Recht des Nießbrauchs und bisweilen ſelbſt die Verwaltung entzogen. Dieſe Abnormität, welche die neuere Terminologie peculium extraordinarium, irregulare bezeichnen ſoll, findet namentlich Statt in Beziehung auf Dasjenige: 1) Was dem Kinde unter dieſer ausdrücklichen Bedingung geſchenkt oder vermacht iſt.*) 2) Was das Kind neben dem Vater von ſeinen Geſchwiſtern ab intestato erbt.**) 3) Was das Kind auf eigne Hand erwirbt, weil der Vater ſeine Zuſtimmung zum Erwerbe in das peculium adventitium verweigerte.***) 4) Wenn der Vater in der Verwaltung eines dem Kinde zu reſtituirenden Vermächtniſſes treulos iſt, in Beziehung auf dieſes.†)

Obgleich nun das Kind an dem peculium adventitium ordinarium ſowohl, als extraordinarium wirklich Eigenthum und der Vater höchſtens den Nießbrauch und die Verwaltung hat, ſo iſt es doch keineswegs, wie in Betreff des caſtren-

---

*) Nov. 117 c. 1.

**) Nov. 118 c. 2.

***) L. 8 pr. § 1 C. de bonis quae liberis (6, 61).

†) L. 50 D. ad Sc. Trebellianum (36, 1), „Imperator Hadrianus, quum Vivius Cerealis filio suo, Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur, restitui hereditatem filio jussit ita, ne quid in ea pecunia, quamdiu filius ejus viveret, juris haberet; nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit, post decreti autem auctoritatem in ea hereditate filio militi comparari debuit, si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret. Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio judicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari."

ſiſchen peculium, paterfamilias. Denn es kann ſelbſt in Beziehung auf das extraordinarium nicht obligatio zwiſchen Vater und Sohn ſtattfinden; der Sohn kann nicht über daſſelbe teſtiren,*) vererbt es aber nach Juſtinianiſchem Recht allerdings ab intestato. Sein Eigenthum äußert ſich außerdem vorzüglich darin, daß ihm der Vater dieſe Peculien nicht, wie das peculium concessum, einzelne Fälle ausgenommen, veräußern darf.

II. Begründung der väterlichen Gewalt.

§ 12.

A. Durch Zeugung.

Urſprünglich wurde die väterliche Gewalt nicht anders als durch Zeugung in civiler Ehe erworben,**) vorausgeſetzt, daß der parens nicht ſelbſt unter patria potestas ſtand. Denn nur wer sui juris iſt, kann patria potestas haben, erwirbt dieſe aber dann nicht bloß über die aus ſeiner eignen Ehe Erzeugten, ſondern auch über diejenigen, welche aus einer rechten Ehe eines ſeiner Gewalt noch unterworfenen männlichen Descendenten, eines Sohnes oder Enkels geboren werden.***) Für die Wahrheit der Zeugung hat die Doctrin und Praxis die praesumtio juris eingeführt, nach welcher ein Kind, welches nicht früher

---

*) pr. I. quibus non est permissum testamenta facere (II, 12). „Praeter hos igitur, qui castrense vel quasi castrense peculium habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.“

**) Gaj. I, 55. 56. 57 cit.
Ulp. V, 1 cit.

***) L. 4 D. de his qui sui vel alieni (1, 6). „Patresfamiliarum sunt, qui sunt suae potestatis, sive puberes, sive impuberes; simili modo matresfamiliarum. Filiifamiliarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est; item qui ex filio meo et uxore ejus nascitur, id est nepos meus et neptis, aeque in mea sunt potestate; et pronepos et proneptis, et deinceps ceteri.“

als 6 Monate nach eingegangener*) und nicht ſpäter als 10 Monate nach aufgelöſter**) Ehe geboren wird, ſo lange nicht der Beweis der Unmöglichkeit***) geführt wird, für ein in der Ehe gezeugtes gilt.

Um den Mann gegen die Gefahr der letzten Präſumtion zu ſchützen, beſtimmte das Sc. Plancianum, daß wenn die Ehefrau ſich bei der Scheidung ſchwanger glaube, ſie dies dem Manne innerhalb 30 Tagen nach der Scheidung anzeigen ſolle, damit der Mann der Vaterſchaft ſogleich förmlich widerſprechen oder Wächter beſtellen könne.†) Die Verfügung des Scts dehnte, um auch die Erben des Mannes vor Unterſchiebung zu ſchützen, das Edict auf den Fall aus, wo die Ehe durch den Tod des Mannes aufhörte. Die obigen Präſumtionen, wie die Verfügung des Scts und des Edicts leiden übrigens nicht bloß auf die civile, ſondern auf jede Ehe Anwendung.

§ 13.

B. Adoption.

Das urſprüngliche Recht, welches ſogar die unperſönlichen Gegenſtände der eigentlichen familia faſt für unveräußerlich und unvertretbar achtete, kannte keinen Erwerb der Kinder anders als durch Zeugung, und keinen Verluſt anders als durch den Tod oder venditio matrimonii causa. Kein honetter Mann gab ſeine Kinder anders aus der Gewalt, als zur Strafe oder wegen der äußerſten Noth, die einen an ſich ſchon zum

*) L. 12 D. de statu hominum (1, 5). „Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.“

**) L. 3 § 11. 12 D. de suis et legitimis. (38, 16). „Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.“

***) L. 6 D. de his qui sui vel alieni (1, 6).

†) L. 1 D. de agnoscendis et alendis liberis (25, 3).

unhonetten Mann machte; und Niemand nahm einen Menſchen von fremder Abkunft in ſeine Familie als Kind auf, ſchon um die natürlichen Erbanſprüche der Verwandten nicht zu beeinträchtigen. Dieſe auf der rein natürlichen Vorſtellung der Familie ruhende Rechtsſitte mußte durchbrochen werden, als jene von einer freiern ſittlichen und einer im Bereiche einer ganzen Nation dieſe ſtets integrirenden willkührlichen unſittlichen Auffaſſung der Familie verdrängt wurde. Das alte Recht konnte für wahrhaft ſittliche und materielle Bedürfniſſe und Fähigkeit, Fremde an Kindesſtatt anzunehmen, zur unnatürlichen Beſchränkung werden. Das deshalb eingeführte neue Recht konnte aber auch von denen, welche die Perſon der eignen Kinder und Anderer eigennützigen Vermögensrückſichten unterordnen mochten, gemißbraucht werden. Sobald ſich alſo Bedürfniß und Neigung zur Adoption und Emancipation einfand, wurde von der in der unbegränzten Familiengewalt auch hierfür liegenden Befugniß Gebrauch gemacht. Was jedoch die Form betrifft, ſo wurde dieſe zum größten Theil im Intereſſe der Betheiligten ſelbſt, zum Theil im öffentlichen Intereſſe für die meiſten Geſchäfte dieſer Art eine öffentliche. Nämlich jede Annahme an Kindesſtatt geſchah von jeher durch eine öffentliche, die bloße Entlaſſung der Kinder aus der väterlichen Gewalt zur juriſtiſchen Selbſtſtändigkeit anfangs zwar durch eine private, ſpäter aber auch dieſe durch eine öffentliche Form; auch wurden im Verlauf der Zeit die materiellen Bedingungen und Erforderniſſe dieſer Geſchäfte nicht bloß durch Gewohnheit, ſondern auch durch viele ausdrückliche Geſetze genauer beſtimmt.

Die Aufnahme Fremder, d. i. hier nicht leiblicher Kinder in die väterliche Gewalt, adoptio im weitern Sinn iſt entweder 1) arrogatio, die Adoption von Perſonen, die bisher sui juris waren, oder 2) adoptio im engern Sinn, der Erwerb der väterlichen Gewalt durch Uebertragung von dem bisherigen Innehaber des Rechts. *)

---

*) Gaj. I, 97. 98. 99. „Non solum autem naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam hi, quos adoptamus. § 98. Adoptio autem duo-

Die weſentlichſten den beiden Erwerbsarten gemeinſchaftlichen Bedingungen ſind: a) Der Adoptirende muß, da nur Männer die väterliche Gewalt haben können, männlichen Geſchlechts ſein; nur ausnahmsweiſe wurde ſpäter den Frauen zum Erſatz für verlorne Kinder eine der Adoption nur ähnliche Annahme an Kindesſtatt erlaubt.*) b) Der Adoptirende ſelbſt muß sui juris ſein, doch muß in die Adoption zum Enkel der Sohn, welcher den Adoptirten zum Sohn bekommen wird, einwilligen.**) c) Der Adoptivvater muß, weil es heißt: adoptatio imitatur naturam, eine plena pubertas, d. i. 18 Jahre älter***) als der Adoptirte und zeugungs-

---

bus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, velut Praetoris. § 99. Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui juris sunt; quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est, interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, justum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri jubeat. Imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis."

*) Gell. V, 19.
§ 10 I. de adoptionibus (1, 11). „Feminae quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent; sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt."

**) § 7 I. h. t. (1, 11). „Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in sua potestate habet: in eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur. Sed ex contrario si avus ex filio nepotem dat in adoptionem, non est necesse filium consentire."

***) § 4 I. h. t. (1, 11). „Minorem natu non posse adoptare majorem, placet; adoptio enim naturam imitatur, et pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi per adoptionem vel arrogationem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere."

fähig ſein. *) d) Niemand darf auf eine Zeit lang adoptiren; denn Verwandtſchaft iſt etwas Dauerndes.**) e) Niemand, der eheliche Kinder hat, darf dieſe durch Adoption fremder benachtheiligen.***) Denn die Adoption ſoll nur den Mangel natürlicher Kinder erſetzen. f) Aus nahe liegenden Gründen darf der Arme nicht leicht einen Reichen †) und g) der Vormund vor abgelegter vormundſchaftlicher Rechnung nicht den minderjährigen Pupillen adoptiren. ††) Die Arrogation endlich ſoll nur ſolchen geſtattet werden, die in ſo hohem Alter ſind, daß ſie keine Ausſicht mehr haben, eigne Kinder zu bekommen. †††)

---

*) § 9 I. h. t. (1, 11). „Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt."

**) L. 34 D. h. t. (1, 7). „Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit? Et Labeo putat nullam esse actionem; nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere."

***) L. 17 § 3 D. de adoptionibus (1, 7). „Praeterea videndum est, an non debeat permitti ei, qui vel unum habebit, vel plures liberos, adoptare alium; ne aut illorum, quos justis nuptiis procreaverit, deminuatur spes, quam unusquisque liberorum obsequio paret sibi; aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum consequi."

†) L. 17 § 4 D. h. t. (1, 17). „Interdum et ditiorem permittetur adoptare pauperiori, si vitae ejus sobrietas clara sit, vel affectio honesta nec incognita."

††) L. 17 pr. D. h. t. (1, 7). „Nec ei permittitur arrogare, qui tutelam vel curam alicujus administravit, si minor viginti quinque annis sit, qui arrogatur; ne forte eum ideo arroget, ne rationes reddat. Item inquirendum est, ne forte turpis causa arrogandi subsit."

†††) L. 15 § 2. 3 D. h. t. (1, 7). „In arrogationibus cognitio vertitur, num forte minor sexaginta annis sit, qui arrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia justa causa arrogandi, veluti si conjunctam sibi personam velit adoptare."

§ 14.

A. Arrogatio.

Die Arrogation geſchah urſprünglich vor den Volkscomitien durch eine förmliche Rogation dieſer, und hieß daher auch adoptio per populum.*) Ob aber dieſe Comitien die der Curien oder der Centurien waren, iſt eben ſo zweideutig, als der mit dieſer Frage in Bedingung ſtehende Grund der Comitialform überhaupt.

An die Stelle dieſer Form trat aber ſchon in der erſten Hälfte der Kaiſerzeit die des Kaiſerlichen Reſcripts**) mit vorangehender causae cognitio durch die Obrigkeit.

Schon die Form verhinderte im alten Recht die im neuern Recht vollkommen zuläſſige Arrogation der Weiber, und die ſchon vom Kaiſer Antoninus Pius unter Beſchränkungen zugelaſſene Arrogation der Unmündigen.***)

Die arrogatio impuberum erfordert eine beſonders ſtrenge causae cognitio, Einwilligung aller Tutoren. Der Arrogirende muß durch Bürgen Caution leiſten, daß er das Vermögen des Arrogirten, falls dieſer während der Unmündigkeit ſtürbe, den nächſten Verwandten, falls er denſelben während der Unmündigkeit emancipire, ihm ſelbſt reſtituiren werde, und endlich außerdem, daß er ihm, wenn er ihn ohne einen gehörigen Grund emancipire oder exheredire,

---

*) Gaj. I, 99 cit.

**) L. 2 pr. D. h. t. (1, 7). „Generalis enim adoptio duobus modis fit: aut Principis auctoritate, aut magistratus imperio. Principis auctoritate adoptamus eos, qui sui juris sunt.“

***) Gaj. I, 101. 102. „Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit. Aput Praetorem vero, vel in provinciis aput Proconsulem Legatumve etiam feminae solent adoptari. § 102. Item impuberem aput populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est; nunc ex epistola optimi Imperatoris Antonini, quam scripsit Pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam condicionibus permissum est.“

den vierten Theil ſeines eignen Vermögens reſtituiren werde, ſg. Quarta Divi Pii.*)

Durch die Arrogation tritt der Arrogirte mit allen ſeinen Deſcendenten aus ſeiner bisherigen Agnation, erleidet mit ihnen eine capitis deminutio minima und tritt mit ihnen vollſtändig in die patria potestas**) des Arrogators.

§ 15.

B. Adoptio.

Die eigentliche Adoption fremder Kinder zu eignen Kindern geſchah ehemals in jure vor dem Magiſtrat durch eine in jure cessio,***) welcher noch, um das Kind aus der bisherigen Gewalt zu löſen, um daſſelbe ſicher veräußerlich zu machen, die Emancipationsform voranzugehen pflegte.

Im neuern Recht iſt zur Form der Adoption nichts weiter erforderlich, als daß der bisherige Vater und der Adoptivvater vor Gericht ausdrücklich ihre Abſicht erklären. Die

---

*) § 3 I. h. t. (1, 11). „Quum autem impubes per principale rescriptum arrogatur, causa cognita arrogatio permittitur; et exquiritur causa arrogationis, an honesta sit expediatque pupillo; et cum quibusdam conditionibus arrogatio fit, id est, ut caveat arrogator personae publicae, hoc est tabulario, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non alias emancipare eum potest arrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed etsi decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet praeter bona, quae ad patrem adoptivum transtulit et quorum commodum ei postea acquisivit."

**) L. 2 § 2 D. h. t. (1, 7). „Hoc vero proprium est ejus adoptionis, quae per Principem fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se arrogandum dederit, non solum ipse potestati arrogatoris subjicitur, sed et liberi ejus in ejusdem fiunt potestate tanquam nepotes."

***) Gaj. I, 98 cit.
Gaj. I, 133. 134.

ebenfalls erforderliche Zuſtimmung des Adoptirten wird angenommen, wenn er nur nicht widerſpricht.*)

Die Adoption hatte nach älterem Recht immer dieſelbe Wirkung, wie die Arrogation, daß der Adoptirte aus der bisherigen Agnation vollſtändig in die patria potestas des Adoptivvaters überging, und in der neuen Familie Agnation und Cognation erwarb.**)

Nach Juſtinians Vorſchrift aber ſoll dieſe Wirkung der Adoption nur ſtattfinden, wenn der Adoptirende ein Aſcendent des Adoptirten iſt.***) Die Adoption von einem Dritten hingegen ſoll die alte Wirkung nur dann haben, wenn der in Adoption Gegebene nicht unmittelbar, d. i. als suus

---

*) L. 11 C. de adopt. (8, 48). „Veteres circuitus in adoptionibus, quae per tres emancipationes et duas manumissiones in filiis, aut per unam emancipationem in ceteris liberis sieri solebant, corrigentes sive tollentes, censemus licere parenti, qui liberos in potestate sua constitutos in adoptionem dare desiderat, sine vetere observatione emancipationum et manumissionum, hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestare, praesente eo, qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo, qui eum adoptat.“

**) L. 1 pr. D. h. t. (1, 7). „Filiosfamilias non solum natura, verum et adoptiones faciunt.“

***) L. 10 C. de adopt. (8, 48) § 2 I. de adopt. (1, 11). „Sed hodie ex nostra constitutione (C. 10 C. de adopt.), quum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, jura potestatis patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sunt. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem, in hoc casu, quia concurrunt in unam personam et naturalia et adoptionis jura, manet stabile ius patris adoptivi, et naturali vinculo copulatum, et legitimo adoptionis modo constrictum, ut et in familia et in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.“

heres in der Gewalt des in Adoption Gebenden ſtand. Denn in dieſem Fall ſoll das Kind Nichts von ſeinen Rechten in der natürlichen Familie verlieren; und erwirbt deshalb wieder keine Agnation in der neuen Familie, ſondern nur ein Inteſtaterbrecht gegen den Adoptivvater, welches ihm aber durch Teſtament deſſelben genommen werden kann.

§ 16.

C. Legitimation.

Mit dieſem nicht römiſchen Namen bezeichnen wir eine Art der Erwerbung der väterlichen Gewalt, die noch dem claſſiſchen Recht fremd war, durch welche über eigentliche liberi naturales (Concubinenkinder) die patria potestas erworben werden konnte. Von Kaiſer Conſtantin an bildete ſich 1) die ſg. legitimatio per subsequens matrimonium. Wer ſeine Concubine, mit welcher eine Ehe möglich war, heirathete, ſollte dadurch auch über die vor der Verehelichung erzeugten und gebornen Kinder die väterliche Gewalt erwerben. Dazu kam durch Theodoſius II. 2) die ſg. legitimatio per curiae dationem. Die Concubinenkinder männlichen Geſchlechts ſollen, wenn ſie ſich dazu hergeben, Decurio zu werden, die Concubinentöchter, wenn ſie einen Decurio heirathen, alle Rechte ehelicher Kinder erwerben.*) Dazu fügte Juſtinian noch 3) die ſg. legitimatio per rescriptum princi-

---

*) § 13 I. de nupt. (1, 10). „Aliquando autem evenit, ut liberi, statim ut nati sunt, in potestate parentum non fiant, postea autem redigantur in potestatem; qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiae datus, potestati patris subjicitur; nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione (l. 10 C. de nat. lib. V, 27) dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur. Quod, et alii ex eodem matrimonio si fuerint procreati, similiter nostra constitutio (l. 11 C. de nat. lib. V, 27) praebuit.“

pis.*) In den Fällen, wo eine Ehe mit der Concubine nicht möglich iſt, ſoll von dem Vater ſelbſt, oder im Fall ſeines Todes auch von den durch das väterliche Teſtament dazu ermächtigten Kindern die Legitimation durch ein Kaiſerliches Reſcript erwirkt werden können.**) Die Wirkung der, allezeit nur für liberi naturales, nicht auch bei spuriis und vulgo quaesitis, und nur unter Zuſtimmung des Kindes***) möglichen Legitimation iſt: vollſtändige Unterwerfung unter die väterliche Gewalt, und zwar in den meiſten Beziehungen ſelbſt mit rückwirkender Kraft.

§ 17.

III. Aufhebung der väterlichen Gewalt.

Die Aufhebung der väterlichen Gewalt geſchah im alten Recht ſo wenig willkührlich, als der Erwerb derſelben, erfolgte nicht leicht anders, als durch directe oder indirecte Nothwendigkeit. Wo ſie eintrat, war ſie auch in der Regel nicht eine totale, ſondern nur in beſtimmten Beziehungen wirkende. Von jeher wurde die väterliche Gewalt aufgehoben

1) durch den natürlichen Tod des Kindes oder des gewalthabenden Vaters, vorausgeſetzt, daß nicht zwiſchen dem ablebenden Vater und dem nachbleibenden Kinde ein Deſcendent des erſteren lebte, in deſſen Gewalt der letztere dann gelangte.†) Durch den Tod wurde nur die fernere Wirkung der

---

*) Nov. 74, c. 1.

**) Nov. 74, c. 2, nov. 89, c. 10.

***) Nov. 98, c. 11, pr.

†) Gaj. I, 127. „Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo sui juris fiunt, sed hoc distinctionem recipit. nam mortuo patre sane omnimodo filii filiaeve sui juris efficiuntur, mortuo vero avo non omnimodo nepotes neptesque sui juris fiunt, sed ita si post mortem avi in patris sui potestatem recasuri non sunt; itaque si moriente avo pater eorum vivat et in potestate patris fuerit, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt; si vero is, quo tempore avus moritur, aut etiam mortuus est,

patria potestas aufgehoben, die Agnation aber und die darauf beruhenden Rechte in der Familie blieben.

2) Durch bürgerlichen Tod des Vaters oder des Kindes, d. i. durch eine capitis deminutio magna, durch welche die Civität verloren ging. Dieſelbe erfolgte a) zur Strafe für öffentliche Verbrechen, *) b) durch feindliche Gefangenſchaft, **) c) durch Verſetzung in die alten Militaircolonien ***) oder jeden Erwerb einer fremden Civität. Auch hier hörten die Wirkungen der väterlichen Gewalt in manchen Beziehungen nur für den Austretenden auf.

3) Durch die Creirung zu Prieſterthümern †) und Ma-

---

aut exiit de potestate patris, tunc ii, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt."

*) Gaj. I, 128. „Cum autem is, cui ob aliquod maleficium ex lege poenali aqua et igni interdicitur, civitatem Romanam amittat, sequitur, ut, quia eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate ejus esse, nec enim ratio patitur, ut peregrinae homo conditionis civem Romanum in potestate habeat. Pari ratione et si ei, qui in potestate parentis sit, aqua et igni interdictum fuerit, desinit in potestate parentis esse, quia aeque ratio non patitur, ut peregrinae conditionis homo in potestate sit civis Romani parentis."

**) Gaj. I, 129. „Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus interim hostium fiat, pendet jus liberorum propter jus postliminii, quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt. itaque reversus habebit liberos in potestate; si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui juris, sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo, quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter jus postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse."

***) Gaj. I, 131. „Olim quoque, quo tempore populus Romanus in Latinas regiones colonias deducebat, qui jussu parentis — acciperentur alterius civitatis cives."

†) Gaj. I, 130. „Praeterea exeunt liberi virilis sexus de patris

giſtraturen wurde das Kind nur in gewiſſen perſönlichen Beziehungen der Herrſchaft des Vaters entzogen.

4) Gänzlich vernichtet aber wurde die väterliche Gewalt mit allen civilen Wirkungen für beide Theile, nicht aber in den allgemeinen Beziehungen zwiſchen Aeltern und Kindern: a) durch noxae deditio des Kindes, b) durch in manum mariti conventio der Tochter, c) durch Arrogation des Vaters, d) durch datio in adoptionem des Kindes, und endlich e) durch die ungefähr gleichzeitig mit dieſer in Uebung gekommene emancipatio. Durch alle dieſe ging die Agnation mit allen ihren Wirkungen, ſowohl für den aus der Familie Austretenden, als für die in derſelben Zurückbleibenden in Beziehung zu dieſem verloren.

(Von der Emancipation insbeſondere.)

Es iſt ſchwerlich vor dem ſechſten Jahrhundert vorgekommen, daß der Vater bei ſeinen Lebzeiten Kinder aus der väterlichen Gewalt entließ, wiewohl die Befugniß dazu ihm unzweifelhaft zuſtand. Als man nun bei vernünftigen und billigen Veranlaſſungen, deren die veränderten Lebensverhältniſſe die Menge bieten konnten, und im Beſitz der Mittel, die Kinder und die eigene Familie gegen etwanige Nachtheile der Freilaſſung zu bewahren, von dieſer Befugniß Gebrauch zu machen ſuchte, konnte ſich keine hergebrachte Form für das neue Geſchäft finden. Die juris conditores waren es, welche hier, wie in ähnlichen Fällen, die Form vorzuſchlagen und zu erfinden hatten. Die patria potestas war im Verlauf der Jahrhunderte ſchon zu ſehr von der dominica potestas unterſchieden, als daß man die von Altersher für die Freilaſſung der Sclaven, für die manumissio übliche Form hier hätte für ſicher anwendbar halten können. Die Aufgabe war, eine keinen Einwendungen ausgeſetzte, wo möglich eine auf directen Geſetzesworten beruhende Form zu finden, durch welche der Sohn vom Vater

---

potestate, si flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiantur."

frei würde. Es ſchien dafür das ſeinem politiſchen und juriſtiſchen Grunde nach vielleicht ſchon unverſtandene Geſetz der XII Tafeln „si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto“ paſſend, welches ja deutlich ſage, daß der Sohn vom Vater frei ſey, wenn der Vater ihn dreimal verkauft hätte. Auf dieſem Grunde geſtaltete ſich, ohne Zweifel erſt nach manchen Varietäten, die ſonderbare Form, daß der emancipirende Vater irgend einem Dritten den Sohn per aes et libram übergab. Dieſer manumittirte ihn, wie einen Sclaven, wodurch er, wie ſupplirt wurde, weil er noch nicht dreimal veräußert ſey, ipso jure wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel. Der Vater veräußerte ihn zum zweiten Mal, der emtor manumittirte ihn, und der Vater erwarb ihn dadurch zum zweiten Mal, der Vater veräußerte ihn zum dritten Mal, der emtor manumittirte ihn, und der Sohn war frei; denn der Vater hatte ihn dreimal veräußert. Da nun nach einer ganz ungehörigen Analogie durch die Interpretation jener veteres juris conditores dieſer Freilaſſung ähnliche Folgen, wie der wirklichen Manumiſſion eines Sclaven, d. i. Quaſipatronatsrechte beigegeben wurden, welche übrigens das Edict und kaiſerliche Conſtitutionen wieder beſeitigten, ſo mußte der emancipirende Vater, welcher dieſe Quaſipatronatsrechte ſelbſt erwerben wollte, den Sohn ſelbſt manumittiren, und zu dieſem Behuf die dritte Veräußerung mit fiducia, d. h. mit der Bedingung der Remancipation des Sohns an ihn ſelbſt machen, um dann die letzte, durch die dreimalige venditio möglich gewordene, definitiv frei machende, Manumiſſion ſelbſt vorzunehmen.

Wenn auch die urſprünglichen Erfinder dieſer Form, deren ungeſchickter Name, emancipatio, ſogar auf den Inhalt, Entlaſſung der Kinder aus der väterlichen Gewalt überging, dieſelbe für die Freilaſſung aller Kinder angewandt wiſſen wollte, ſo recipirte die Praxis doch bald die bequeme Argumentation, daß, da das Geſetz der XII Tafeln, welches als Quelle dieſer Form betrachtet wurde, die dreimalige venditio nur bei filiis, das heiße bei eigentlichen Söhnen for=

dere, für andere Kinder, Töchter, Enkel ꝛc. eine einmalige venditio genügen müſſe. *)

Neben dieſer rein privaten Form, welche urſprünglich dem Rechte nach keine Einwilligung des Sohnes erforderte, trat durch Kaiſer Anaſtaſius die Emancipation durch kaiſerliches Reſcript. **) Zu dieſer fügte Juſtinian, der die alte civile Form auch dem Buchſtaben nach ganz aufhob 2) die Emancipation vor dem competenten Richter, welche Anweſenheit des Vaters und Sohnes und, gleich der Anaſtaſiſchen, Einwilligung des Sohnes erfordert. ***)

---

*) Gaj. I, 132. „Emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentium esse; sed filius quidem ter mancipatus sui juris fit, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate; lex enim XII tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, his verbis: „si pater filium venumduit, filius a patre liber esto." eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumittit: eo facto revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat vel eidem, vel alii, sed in usu est, eidem mancipari: isque manumittit postea similiter vindicta......rursus in potestatem patris....revertitur; tunc tertio pater eum mancipat vel eidem, vel alii; sed hoc in usu est, ut eidem mancipet....."

**) L. 5 C. de emancip. (8, 49).

***) L. 6 C. de emancipationibus (8, 49). „Quum inspeximus, in emancipationibus vanam observationem custodiri, et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles, et injuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus, jubemus, hujusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare competentis judicis tribunal vel eos adire magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel neptes, vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimittere, et legitima jura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit,

Die urſprüngliche Wirkung der Emancipation 1) natürlicher Kinder war zufolge der Interpretation eine capitis deminutio minima, gänzliche Vernichtung der patria potestas und aller Agnationsverhältniſſe zwiſchen dem Emancipirten und ſeiner Familie. Der Prätor war ſogleich darauf bedacht, dieſelben durch außerordentliche Rechtsmittel der Wirkung nach zu erhalten, und an die dem emancipatus bleibende Cognation die meiſten der Wirkungen zu knüpfen, welche nach der alten Jurisprudenz nur die Agnation zu haben ſchien. Dem Geiſte des Edicts gemäß beſtimmte Anaſtaſius, daß bei der emancipatio per rescriptum die Agnationsrechte ausdrücklich ſalvirt werden könnten. Juſtinian aber beſtimmte, das Edicts=Recht auch hier durch den Buchſtaben beſtätigend, daß die Agnationsrechte ipso jure durch die Emancipation nicht angegriffen werden ſollten,*) und hob ipso jure die quaſipatronatiſchen Rechte auf, welche der Prätor nur durch Umwege elidirt hatte. 2) Im neuen wie im alten Recht aber wird durch die Emancipation eines Adoptivkindes die Agnation, wie die auf derſelben gegründete, fingirte Cognation vernichtet. 3) Die Wirkung der Emancipation erſtreckt ſich ſtets nur auf das emancipirte Individuum, nicht auf deſſen ſchon geborne oder concipirte Deſcendenten.**) 4) Der Vater kann ſein emancipirtes natürliches Kind, nicht aber das emancipirte Adoptivkind ſpäter wieder adoptiren.***)

---

et peculium donare, vel alias res liberalitatis titulo in eos transferre, et eas res, quae acquiri indignantur, per usumfructum secundum nostrae constitutionis modum detinere, et omnia facere, vana tantummodo, secundum quod jam dictum est, observatione sublata."

*) L. 6 C. de emancipationibus (8, 49) cit.

**) Gaj. I, 133. „Liberum arbitrium est ei, qui filium et ex eo nepotem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero in potestate retinere; vel ex diverso, filium quidem in potestate retinere, nepotem vero manumittere; vel omnes sui juris efficere; eadem et de pronepote dicta esse intellegemus."

***) L. 37 § 1 D. de adoptionibus (1, 7). „Eum, quem quis ado-

Was endlich das zur Zeit der Emancipation vorhandene *Peculiarvermögen* des Emancipirten betrifft, ſo erwarb er a) das *caſtrenſiſche* und *quaſicaſtrenſiſche* durch die Emancipation ipso jure zu *vollkommen eignem* Vermögen. b) Das peculium *concessum verblieb* ihm, wenn es nicht bei der Emancipation *ausdrücklich zurückgenommen* war zu *vollem Eigenthum*.*) c) An dem peculium *adventitium* aber behielt der Vater die *Hälfte* des *Nießbrauchs* als *pretium* emancipationis.**)

Drittes Capitel.

Sclaverei.

§ 1.

I. Begriff und Wirkung der Sclaverei.

Die Sclaverei, welche im Alterthum als ein Inſtitut des jus gentium betrachtet wurde ***) und in ſehr *verſchiedenen Formen* erſcheint, deren *Weſentliches* aber darin beſteht, daß ein *Menſch* der *Willkühr eines Individuums unterworfen iſt*, gehört ihrer Ausbildung nach dem *eigentlichen Privatrecht* und *der* Periode der Geſchichte an, in welcher durch das *Princip der Gemeinden* ſich die *einzelne Individualität* im Innern des Staats hervorthut, und gleich-

---

ptavit, emancipatum, vel in adoptionem datum *iterum non potest adoptare*."

*) L. 31 § 2 D. de donat. (39, 5). „*Pater*, qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit, et *peculium emancipatae non ademit*, ex postfacto *donationem videbatur perfecisse*."

**) § 2 I. per quas personas nobis adquiritur (II, 9).

***) Gaj. I, 52. „In *potestate* itaque sunt *servi dominorum*; quae quidem potestas *juris gentium* est; nam aput *omnes peraeque gentes* animadvertere possumus, *dominis in servos vitae necisque potestatem* esse et *quodcunque per servum* adquiritur, id *domino adquiritur*."

zeitig die Eroberung Fremder beginnt. In jener wird erſt das Subject der Sclaverei gegeben, die Unterthanen der gentes ſind keine Sclaven, mit den Fremden iſt erſt das Object der Sclaverei vorhanden. Kein edles Volk hat urſprünglich und an ſeinen Stammgenoſſen Sclaverei. Auch für Rom beginnt erſt mit der Ausbildung der plebes und den von da anfangenden Eroberungen die Sclaverei zuerſt an gefangenen Feinden. Die unmittelbar ſo oder durch Kauf von den Eroberern in die Familie eingebrachten Fremden ſtanden ungeſchützt durch irgend ein Verbot des Staats unter der unbeſchränkteſten Familiengewalt. Wenn ſie darin nun für die älteſte Zeit nur mit den Kindern gleich zu ſtehen ſchienen, ſo war doch von Anfang an der weſentliche Unterſchied, daß die Kinder, deren an ſich vorhandene Perſönlichkeit bei Lebzeiten des Vaters nur quieſcirte, durch ſeinen Tod ipso jure frei wurden; die Sclaven dagegen, die an ſich keine Perſon hatten, auch beim Tode des Herrn Sclaven blieben. Die Sclaven blieben ferner, nachdem für die Kinder dies Recht längſt durch Sitte und Geſetz aufgehoben war, käuflich und verkäuflich. Die dingliche und als ſolche ausſchließende Gewalt über den Sclaven, servus, homo, ancilla, wird ſpäter häufiger dominica potestas, potestas domini,*) als dominium genannt; beſonders ſeitdem ſie im neuern Recht auf mancherlei Weiſe beſchränkt wurde, indem beſtimmte Grauſamkeiten und überhaupt rohe und unmenſchliche Behandlung der Sclaven den Herrn direct und indirect verboten wurde,**) wodurch das Her-

---

*) L. 215 D. de V. S. (50, 16). „Potestatis verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium.“

**) Gaj. I, 53. „Sed hoc tempore neque civibus Romanis, neque ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire. Nam ex constitutione sacratissimi Imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri jubetur, quam qui alienum servum occiderit. Sed et major quoque asperitas

renrecht den Schein einer bloßen Familiengewalt, potestas, bekam. Uebrigens bleibt der Sclave durchaus Sache für den Herrn. Alles, was er erwirbt, erwirbt er für dieſen.*) Wenn an dem Sclaven ein Anderer den ususfructus hat, ſo bleibt dem Proprietar aller Erwerb, den der Sclave anders als ex re fructuarii und ex operis suis,**) z. B. durch Erbeinſetzung, Vermächtniß macht; auch der partus ancillae wird für den usufructuarius nicht als Frucht betrachtet. Wenn der

---

dominorum per ejusdem Principis constitutionem coercetur, nam consultus a quibusdam Praesidibus provinciarum de his servis, qui ad fana Deorum vel ad statuas Principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis videatur dominorum saevitia, cogantur servos suos vendere. Et utrumque recte fit; male enim nostro jure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio."

L. 11 § 2 D ad leg. Cornel. de sicar. (48, 8). „Post legem Petroniam et Senatusconsulta ad eam legem pertinentia dominis potestas ablata est, ad bestias depugnandas suo arbitrio servos tradere; oblato tamen judici servo, si justa sit domini querela, sic poenae tradetur."

*) § 1 I. de stipul. servor. (III, 17). „Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est et in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt."

§ 3 I. per quas personas (II, 9). „Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex qualibet alia causa acquirant; hoc enim vobis et ignorantibus et invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest."

L. 21 pr. D. de adquir. rerum dominio (41, 1).

L. 44 § 1 D. de adquir. poss. (41, 2).

**) Gaj. II, 91. „De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra, vel ex operis suis adquirant, id nobis adquiratur, quod vero extra eas causas persecuti sint, id ad dominum proprietatis pertineat; itaque si iste servus heres institutus sit, legatumve quod ei datum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis adquiritur."

Sclave ſtipulirt, ſo erwirbt er gleichfalls dem Proprietar, falls er nicht ausdrücklich für den Fructuar ſtipulirte. Der servus kann ein peculium concessum von ſeinem Herrn bekommen, wie der filiusfamilias; iſt aber unfähig, irgend ein eigenes peculium, wie das castrense und adventitium der Söhne, zu erwerben.

Er kann, was die vertragsmäßige Verbindlichkeit betrifft, den Herrn quod jussu, de peculio, tributoria und de in rem verso verpflichten, wie der filius.*)

Durch ſeine Delicte entſteht eine Noxalklage gegen den Herrn mit dem Recht der noxae deditio.**) Nach der Freilaſſung geht die Klage aus dem während der Sclaverei begangenen Delict als directa gegen ihn ſelbſt.***)

Zwiſchen dem Herrn ſelbſt und dem Sclaven können, da er in keiner Beziehung Perſon iſt, keine Obligationen während der Dauer der Gewalt entſtehen, weder aus Verträgen, noch aus Delicten. Wenn jedoch der Sclave dem Herrn eine Sache ſtiehlt, ſo wird dieſe furtiva, ſo wie auch durch die Flucht der Sclave an ſich ſelbſt ein furtum zu begehen angeſehen wird, und ſich ſelbſt zu einer res furtiva macht.†)

Weil den Sclaven die Perſönlichkeit fehlt, ſo wird conſequent auch keine Ehe unter ihnen anerkannt, ihre geſchlechtliche Verbindung heißt contubernium, und die Frucht derſelben gehört dem Herrn der Mutter.

---

*) pr. § 1. 2. 3. I. quod cum eo, qui in aliena potestate (IV, 7).

**) L. 17 § 2 D. de usufructu (7, 1). „Proprietarius autem et servum noxae dedere poterit, si hoc sine dolo malo faciat, quoniam noxae deditio jure non perimit usumfructum, non magis quam usucapio proprietatis, quae post constitutum usumfructum contingit. Debebit plane denegari ususfructus persecutio, si ei, qui noxae accepit, litis aestimatio non offeratur a fructuario.“

***) Vgl. § 55 pag. 428.

†) L. 60 D. de furtis (47, 2). „Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intelligitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit.“

Der Herr kann endlich conſequent den Sclaven von Dritten, wie eine andere Sache, mit der rei vindicatio in Anſpruch nehmen.

§ 2.

II. Erwerb der Herrengewalt, und Entſtehung der Sclaverei.

Die potestas über ſolche, die ſchon Sclaven ſind, kann 1) faſt durch alle Erwerbarten des dominium erworben werden, wie durch Erſitzung, Tradition, durch Acceſſion des partus ancillae. Dahin gehört auch als Species der Occupation die Gefangennehmung im Kriege, denn die Feinde gelten hier als servi sine domino. Ebenſo werden conſequent die vom Feinde gefangenen Römer während ihrer Gefangenſchaft betrachtet.

2) Es können aber auch bisher freie Perſonen in die dominica potestas eines privatus gerathen. So geſchah es a) nach altem Recht dem wegen Inſolvenz addicirten Schuldner. b) Wenn eine Perſon von zwanzigjährigem Alter ſich doloſe als Sclave verkaufen ließ, um den Käufer um das Pretium zu betrügen, ſo verfiel ſie in die Sclaverei des Käufers. *)

3) Wenn eine freie Frau mit einem fremden Sclaven trotz gehörigem Verbot des Herrn im contubernium lebte, ſo ſollte ſie dem Herrn als Sclavin verfallen. **) Niemals kann Sclaverei durch Vertrag ***) entſtehen, denn die Perſönlichkeit iſt unveräußerlich und keine Sache. Aus demſelben Grunde kann an einem Freien die Sclaverei nicht erſeſſen werden.

---

*) L. 1. 3 D. quibus ad libertatem procl. (40, 13) L. 7 pr. § 1. L. 13 D. de liberali causa (40, 12).

**) Gaj. I, 84.

***) L. 37 D. de liberali causa (40, 12). „Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest.“

4) Endlich konnten auch Freie zur Strafe Sclaven werden, ohne in die Gewalt eines beſtimmten Herrn zu gerathen, servi sine domino. Dahin gehört vorzüglich die servitus poenae, welche in der Kaiſerzeit bei gewiſſen Verurtheilungen, z. B. ad gladium, in metalla etc. entſtand.*)

§ 3.

III. Beendigung der Sclaverei.

Von den älteſten Zeiten war es möglich Sclaven aus der Gewalt frei zu laſſen, und für dieſen Act hat ſich auch, nachdem die Herrengewalt ſonſt einen beſondern Namen annahm, der alte Name der Familiengewalt erhalten; denn die Freilaſſung der Sclaven heißt manumissio i. e. manu dimissio.**) Es wird für die alte Zeit ſogar eine Freimachung der Sclaven durch adoptio ***) erwähnt; zu allen Zeiten konnten endlich Sclaven ohne Freilaſſung durch ihren Herrn, zur Belohnung die Freiheit von Rechtswegen erwerben.

§ 4.

A. Von der Freilaſſung, Manumissio insbeſondere.

Es gab für die Freilaſſung von Alters her drei Formen: 1) censu, indem der Sclave mit Bewilligung des Herrn in die Bürgerliſte aufgenommen wurde. 2) testamento, wenn der Herr in ſeinem Teſtament befahl, daß der Sclave frei ſein ſolle. 3) Vin-

---

*) L. 8 § 12 D. de poenis (48, 19). „Servos in metallum, vel in opus metalli, item in ludum venatorium dari solere, nulla dubitatio est; et si fuerint dati, servi poenae efficiuntur; nec ad eum pertinebunt, cujus fuerint, antequam damnarentur."

**) L. 4 D. de justitia et jure. (I, 1). „Est autem manumissio de manumissio, id est datio libertatis; nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est; manumissus liberatur potestate."

***) § 12 I. de adopt. (1, 11). „Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari."

dicta. Die Form der durch ſpätere Deutung modificirten und entſtellten manumissio vindicta war urſprünglich eine in jure cessio libertatis, und geſchah ſo, daß irgend ein Dritter als adsertor s. vindex, oder adsertor, vindex in libertatem, oder vindex e servitute auftrat, indem er vor einem Magiſtrat, Conſul oder Prätor den Sclaven in Gegenwart des Herrn von dem Herrn frei und ledig ſprach, venum dicebat, und der Magiſtrat auf des Herrn Schweigen die Freiheit ausdrücklich ausſprach. *)

Der Freigelaſſene ſelbſt heißt libertus, libertinus, ſeine Kinder ſchon ingenui, denn ingenui ſind im ſpätern Recht alle, welche freigeboren ſind. **) Damit die Freilaſſung aber civile Libertinität d. i. Civität hervorbrachte, war außer der civilen Form noch Civität des Freilaſſers und quiritariſches Eigenthum deſſelben an dem freizulaſſenden Sclaven nothwendig, ſonſt entſtand entweder nur eine naturale und in der Regel nur precäre Freiheit, ein in libertate morari, oder die manumissio war ganz null. ***)

---

*) Ulp. I, § 6. 7. 8. 9. „Cives Romani sunt liberti, qui legitime vindicta, censu, aut testamento, nullo jure impediente, manumissi sunt. 7. Vindicta manumittuntur apud magistratum praesidemve, velut Consulem, Proconsulem. 8. Censu manumittebantur olim, qui lustrali censu Romae jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. 9. Ut testamento manumissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit.“

Ulp. II, § 7. „Libertas et directo potest dari hoc modo: Liber esto, liber sit, liberum esse jubeo,“ et per fideicommissum, utputa: Rogo, fidei committo heredis mei, ut iste eum servum manumittat.“

**) Gaj. 1, 9. 10. 11. „Et quidem summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. § 10. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. § 11. Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt.“

***) Ulp. I, 12.

Seit dem Anfang der Kaiſerzeit wurde die Freilaſſung mancherlei Beſchränkungen unterworfen, und zugleich der status der mangelhaft Freigelaſſenen und deshalb nicht zur Civität Gelangenden genauer beſtimmt. Nach dieſen Beſtimmungen konnten die libertini entweder cives, oder Latini Juniani, oder dediticii ſein. *)

1) Die lex Aelia Sentia unter Auguſt enthielt unter andern Beſchränkungen und Normirungen der Freilaſſung die Beſtimmung, daß Sclaven, welche als ſolche gewiſſe Verbrechen begangen und Strafen gelitten, durch die Freilaſſung nur den status der dediticii erlangen ſollten. **) Dieſe Freigelaſſenen hatten weder connubium noch commercium, ſie durften Rom nicht auf 100 Meilen nahekommen, konnten kein Teſtament machen und nicht aus Teſtamenten erwerben, und niemals zur Civität gelangen. ***)

---

*) Gaj. I, 12. „Rursus libertinorum tria sunt genera; nam aut cives Romani, aut Latini, aut dediticiorum numero sunt.“

**) Gaj. I, 13. 14. 15. „Lege itaque Aelia Sentia cavetur, ut qui servi a dominis poenae nomine vincti sint, quibusve stigmata inscripta sint, deve quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse convicti sint, quique ut ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inve ludum custodiamve conjecti fuerint, et postea vel ab eodem domino vel ab alio manumissi, ejusdem condicionis liberi fiant, cujus condicionis sunt peregrini dediticii. § 14. Vocantur autem sic, qui quondam adversus populum Romanum armis susceptis pugnaverunt, et deinde victi se dediderunt. § 15. Hujus ergo turpitudinis servos quocumque modo et cujuscumque aetatis manumissos, etsi pleno jure dominorum fuerint, numquam aut cives Romanos, aut Latinos fieri dicemus, sed omnimodo dediticiorum numero constitui intellegemus.“
Ulp. I, 11.

***) Gaj. I, 25. 26. 27. „Hi vero, qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis, quam qui liber peregrinusque est; nec ipsi testamentum facere possunt, secundum quod plerisque placuit.

Die übrigen Sclaven werden, wenn a) ſie ſelbſt 30 Jahre, ihr Herr 20 Jahre war, wenn b) ſie ex jure Quiritium dem Herrn gehörten, und c) durch civile Form freigelaſſen waren, cives Romani.*)

3) Diejenigen, bei deren Freilaſſung an den letztgenannten drei Erforderniſſen etwas fehlte, bekommen durch die lex Junia (Norbana), unter Tiber, den status der Latini, d. h. ſie erhalten commercium, jedoch mit der Einſchränkung, daß ſie nicht ſelbſt ein Teſtament machen und nicht durch Teſtamente erwerben können.**) Dieſe nach der lex, die ih-

---

§ 26. Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt; nec ulla lege, aut senatusconsulto, aut constitutione principali aditus illis ad civitatem Romanam datur. § 27. Quin et in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium morari prohibentur, et si contra fecerint ipsi bonaque eorum publice venire jubentur ea condicione, ut ne in urbe Roma vel intra centesimum urbis Romae miliarium serviant, neve umquam manumittantur; et si manumissi fuerint, servi populi Romani esse jubentur; et haec ita lege Aelia Sentia comprehensa sunt.“

*) Gaj. I, 16. 17. „Si vero in nulla tali turpitudine sit servus, manumissum modo civem Romanum, modo Latinum fieri dicemus. § 17. Nam in cujus persona tria haec concurrunt, ut major sit annorum triginta, et ex jure Quiritium domini, et justa ac legitima manumissione liberetur, id est, vindicta aut censu aut testamento, is civis Romanus fit; sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.“

**) Gaj. I, 22. 23. 24. „manumissi sunt, Latini Juniani dicuntur; Latini ideo, nam adsimulati sunt Latinis coloniariis; Juniani ideo vero, quia per legem Juniam libertatem acceperunt, cum olim servi viderentur esse. § 23. Non tamen illis permittit lex Junia nec ipsis testamentum facere, nec ex testamento alieno capere, nec tutores testamento dari. § 24. Quod autem diximus, ex testamento eos capere non posse, ita intellegendum est, ut nihil directo hereditatis legatorumve nomine eos posse capere dicamus; alioquin per fideicommissum capere possunt.“

nen dieſen status gab, Latini Juniani genannten Freigelaſſenen konnten aber auf vielerlei Weiſe zur Civität gelangen.*)

Juſtinian hob den status der dediticii und Latini Juniani ganz auf, und gab jeder, auch der unförmlichen, Freilaſſung, wenn ſie nur gehörig conſtatirt war, die Wirkung der Civität.**)

Die Freilaſſung konnte übrigens auch von einem Termin an oder unter einer Bedingung geſchehen; ſo war der ſo Manumittirte bis zum Eintritt der Bedingung zwar Sclave, hieß aber statu liber, d. h. er hat das Recht auf Freiheit, das ihm durch Niemanden anders, wohl aber durch ſeine Schuld vernichtet werden kann.***)

§ 5.

B. Der Patronat.

Durch die Freilaſſung entſteht zwiſchen dem manumissor und dem Freigelaſſenen das eigenthümliche Verhältniß des Patronats. Derſelbe beſteht nicht bloß in gewiſſen, auch juriſtiſch geſchützten, Pietätspflichten, †) wie z. B. Alimentationsverbindlichkeit, Unzuläſſigkeit von actiones famosae ††), daß der Freigelaſſene den Patron überhaupt nur mit gewiſſen Be-

---

*) Gaj. I, 28. „Latini multis modis ad civitatem Romanam perveniunt.“

**) L. un. C. de dediticia libertate tollenda (7, 5).
L. un. C. de latina libertate tollenda et per ceteros modos in civitatem Romanam transfusa (7, 6).

***) Ulp. II, 1. 2. 3. „Qui sub conditione testamento liber esse jussus est, statu liber adpellatur. 2. Statu liber, quamdiu pendet conditio, servus heredis est. 3. Statu liber, seu alienatur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit.“

†) L. 1 D. de jure patronatus (37, 14).

††) L. 11 D. de dolo malo (4, 3).

ſchränkungen gerichtlich belangen darf;*) ſondern in einer gewiſſen, nicht genau beſtimmbaren**) dauernden Abhängigkeit, ſo daß der libertus ſogar wegen Undankbarkeit in die Sclaverei zurückgezogen werden konnte, wogegen freilich auch der Patron zur Strafe ſeine Patronatsrechte gänzlich***) oder zum Theil verlieren kann. Die Hauptwirkung war aber das dem Patron in Ermangelung nächſter Erben zuſtehende Erbrecht.

Außer den von Rechtswegen eintretenden Verbindlichkeiten konnten dem libertus aber noch bei der Freilaſſung beſondere Verpflichtungen auferlegt werden. Am längſten hat ſich von dieſen die operarum promissio, welche durch einen Eid beſtärkt zu werden pflegte, erhalten. Die operae heißen fabriles, wenn ſie in einem beſtimmten Handwerk oder Technik beſtehen, ſonſt officiales.

Die Patronatsrechte, welche übrigens die freilaſſenden Frauen, wie die Männer haben, gehen im Fall des Todes des patronus und der patrona nicht auf deren Erben, ſondern auf deren Kinder, Töchter ſowohl als Söhne, über, doch wurden die Rechte der letzteren unter den ſpätern Kaiſern mehrfach beſchränkt. Auf die Kinder des libertus geht der Patronat nicht über; und eine Art der Freigelaſſenen giebt es, nämlich die durch Teſtament Freigelaſſenen, welche ſchon ſelbſt keinen Patron haben, da ihr Freilaſſer, der den Patronat hätte haben können, zur Zeit ihres Freiwerdens verſtorben iſt, orcini liberti.†)

---

*) L. 4 § 1 D. de in jus vocando (2, 4). „Ait Praetor: Parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronae in jus sine permissu meo ne quis vocet."

**) L 2. L. 18. L. 19 D. de jure patronatus (37, 14).

***) L. 5 § 1 D. h. t. (37, 14). „Imperatoris nostri Rescripto cavetur, ut, si patronus libertum suum non aluerit, jus patroni perdat."

†) Ulp. II, 8. „Is, qui directo liber esse jussus est, orcinus fit libertus; is autem, cui per fideicommissum

§ 6.

C. Freiheitsproceß.

Die Statusfrage, ob eine Perſon liber oder servus ſei, das liberale judicium, kann entweder von dem vermeintlichen dominus erhoben werden gegen einen, der factiſch als ingenuus, libertinus oder in libertate morans frei iſt; oder es kann, wenn eine vermeintlich freie Perſon ſich factiſch in Sclaverei befindet, von jedem aus dem Volke gegen den Beſitzer des Sclaven die Freiheit angeſprochen werden. Der, welcher die Sclaverei anſprach, hieß dann adsertor, vindex in servitutem, manum adserens, der Vertheidiger der Freiheit manu adserens, vindex in libertatem,*) adsertor**) ſchlechthin. An die Stelle der ältern legis actio ſind auch für dieſe Statusfrage praejudicia und Interdicte getreten.***)

Viertes Capitel.

In mancipio esse.

Ein eigenthümlicher Mittelzuſtand zwiſchen der patria potestas und der dominica potestas war das Verhältniß der Perſonen, von denen es hieß, daß ſie in mancipio ſeien. Dies Verhältniß wurde, ſeitdem ſich die einzelnen Familiengewalten beſtimmter unterſchieden, angenommen für freie Perſonen, welche in fremde Gewalt, aber weder in die patria oder dominica potestas, noch in die manus kamen. Ein häufiger Fall der Art war im älteſten Recht der des inſolventen Schuldners, welcher von der erſten manus injectio an bis zur

data est libertas, non testatoris, sed manumissoris fit libertus."

*) Liv. III, 44. 45. 46.

**) Gaj. IV, 14.

***) L. 1 D. de homine lib.ro exhibendo (43, 29). „Ait Praetor: „Quem liberum dolo malo retines, exhibeas." § 1. Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet, ne homines liberi retineantur a quoquam."

endlichen Addiction zum Sclaven in mancipio war, oder der Zuſtand des filius, der wegen Delict noxae dedirt, oder aus einem andern Grunde z. B. pignoris loco temporair in fremde Gewalt gegeben war. Zu dieſen in den erſten Jahrhunderten der Kaiſerzeit ſchon verſchwindenden Entſtehungsarten des Verhältniſſes kamen mehrere neue oder Eine neue in vielen verſchiedenen Species, von denen einzelne bis in die letzte Zeit, wenn auch nicht practiſch häufig, doch dem Rechte nach wenigſtens möglich waren. Nämlich zuerſt bei der für die Freilaſſung aus der patria potestas aufgebrachten Form eines mehrmaligen oder einmaligen Verkaufs durch mancipatio s. mancipium, welcher nachher auch angewandt wurde, um die Agnation der Weiber zu vernichten, wurde angenommen, der dicis causa, und nur damit er manumittirt werde, Verkaufte ſei bei dem imaginären Käufer bis zur erfolgten Manumiſſion in mancipio.*) Der Umſtand, daß in dieſem Falle, wie bei der im Anfang der Kaiſerzeit auſſer dieſem allein noch üblichen Fall der noxae deditio **) das Verhältniß durch ein mancipium ***) entſtand, mag der Grund ſeines Namens geworden ſein.

---

*) Gaj. I, 116. 117. 118. „Superest, ut exponamus, quae personae in mancipio sint. § 117. Omnes igitur liberorum personae, sive masculini, sive feminini sexus, si in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt. § 118. Idem juris est in earum personis, quae in manu sunt, nam feminae a coemptionatoribus eodem modo possunt .... aput coemptionatorem filiae loco sit ...... nupta sit .., nihilominus etiam quae ei nupta non est, nec ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit § 118a. Plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum velint parentes coemptionatores que e suo jure eas personas dimittere."

**) Gaj. I, 141. „Ac ne diu quidem in eo jure detinentur homines, set plerumque hoc fit dicis gratia uno momento; nisi scilicet ex noxali causa manciparentur."

***) Gaj. IV, 79. „Cum autem filiusfamilias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant, ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum

Wer in mancipio war, war nicht servus, ſondern blieb liber. Er erwarb dem Herrn und verpflichtete ihn, wie ein Sohn oder Sclave,*) war, wie dieſe, unfähig eigenes Vermögen zu haben. Seine Kinder kamen nicht mit in das mancipium.**) Er konnte injurirt werden, nicht bloß von dritten, ſondern von ſeinem Gewalthaber ſelbſt,***) hatte keine Agnation in der Familie, keine Erbanſprüche, wurde nicht frei durch den Tod des Herrn, ſondern nur durch ausdrückliche Freilaſſung, welche in denſelben Formen, wie die der Sclaven geſchah†) und nicht emancipatio, ſondern manumissio hieß, aber häufig, und namentlich da, wo von Anfang an die Abſicht eines nur temporären Verweilens in der Gewalt war, erzwungen werden konnte.††) Der manumissus e mancipio galt als ingenuus, obwohl der manumissor quaſipatronatiſche Rechte hatte. Im Juſtinianiſchen Rechte iſt das ganze Verhältniß verſchwunden.

Fünftes Capitel.

Vormundſchaft.

§ 1.

Verſchiedene Arten der Vormundſchaft.

Von den älteſten Zeiten her kannte das Römiſche Recht Schutzgewalten über ſolche Perſonen, die zwar formell ju-

---

sit, ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus. Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt; tres enim lege XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere."

*) Gaj. II, 90.

**) Gaj. I, 135.

***) Gaj. I, 141. „In summa admonendi sumus, adversus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis contumeliose facere licere, alioquin injuriarum actione tenebimur."

†) Gaj. I, 138. „Ii, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui juris fiunt."

††) Gaj. I, 140.

riſtiſche Selbſtſtändigkeit hatten, sui juris waren, inſofern ſie nicht unter der natürlichen Gewalt ihres Vaters ſtanden, jedoch in der That nicht die Fähigkeit beſaßen, dieſe Selbſtſtändigkeit allein auszuüben.

Dieſe Schutzgewalt, welche anfangs promiscue custodia,*) cura, tutela, manus**) genannt zu ſein ſcheint, unterſchied ſich im Verlauf der Jahrhunderte immer beſtimmter in beſondere Species, von denen einige übrigens nur eine vorübergehende Exiſtenz hatten und deshalb keiner ausführlichen Erwähnung bedürfen.

Von Anfang bis zu Ende gab es eine Vormundſchaft über Unmündige, tutela impuberum, welche als ein Inſtitut des jus gentium betrachtet wurde;***) von Anfang ferner die ſchon in der claſſiſchen Zeit wieder verſchwindende Tutel über Weiber, tutela mulierum;†) desgleichen eine Vormundſchaft über Wahnſinnige, die ſpäter wenigſtens ſogenannte cura furiosi. Dazu entſtand noch eine cura prodigorum, cura minorum, und endlich Vertretung oder Repräſentation phyſiſch gar nicht vorhandener oder nicht gegenwärtiger Perſonen in Beziehung auf Vermögen, welche deshalb im Gegenſatz der cura personarum wohl cura rerum genannt wird.

Das Gemeinſame, was ſich von dieſen verſchiedenen Species ſagen läßt, iſt nur dieſes, daß ſie mehr oder minder umfaſſende, direct oder indirect mit juriſtiſcher Nothwen-

---

*) Festus s. v. „nec.“ Ast ei custos nec escit.“
Gaj. II, 104.

**) Liv. 34, 2. „Majores nostri nullam ne privatam quidem rem agere feminas sine auctore voluerunt; in manu esse parentum, fratrum, virorum.“

***) Gaj. I, 189. „Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.“

†) Gaj. I, 171.
Gaj. I, 190—193.
Gaj. I, 114. 115.

digkeit eintretende Ergänzungen oder Vertretungen einer juriſtiſch ſelbſtſtändigen Perſon ſind, welcher die juriſtiſche Handlungsfähigkeit ganz oder theilweiſe fehlt. Uebrigens haben die einzelnen ihre unterſcheidenden Eigenthümlichkeiten.

I. Tutela impuberum.

§ 2.

A. Juriſtiſche Bedeutung dieſer Tutel.

Die juriſtiſche Pubertät wurde in Beziehung auf die Nothwendigkeit der Tutel ſchon ſehr früh nach dem Maaßſtab der rein phyſiſchen Pubertät angenommen. Das Recht ſchwankte aber lange zwiſchen einem individuellen und allgemeinen Maaßſtab,*) bis Juſtinian die Anſicht der Juriſten billigte, welche nach dem letztern, für das männliche Geſchlecht die Pubertät mit dem erreichten 14ten, für das weibliche mit dem zurückgelegten 12ten Jahre annahm.**) Für alle, welche unter dieſer Altersſtufe ſtehend, in keiner väterlichen Gewalt mehr ſind, entweder weil ihr Vater ſtarb, weil ſie emancipirt wurden,***) oder aus der dominica potestas manumittirt waren, war dieſe Tutel nothwendig.

---

*) Ulp. XI, 28. „Liberantur tutela masculi quidem pubertate. Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit; Proculiani autem eum, qui quatuordecim annos explevit; verum Priscus, eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum.“

**) L. 3 C. Quando tutores (5, 60). „Indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes, jubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere judicantur, ita et mares post excessum quatuordecim annorum puberes existimentur, indagatione corporis inhonesta cessante.“

***) L. 239 pr. D. de V. S. (50, 16). „Pupillus est, qui, quum impubes est, desiit in patris potestate esse aut morte aut emancipatione.“

Die Tutel, welche im alten Recht juriſtiſch mehr den Character eines Rechts als einer Pflicht hatte, ſpäter aber mehr in die letztere übergeht, hat, wie die eigentlichen Familiengewalten, in mancher Beziehung die Perſon ſelbſt zum Gegenſtande und deshalb eine gewiſſe Gegenſeitigkeit und Unbeſtimmtheit, wie die patria potestas, für welche ſie in mancher Beziehung ein Surrogat iſt. Doch unterſcheidet ſie ſich weſentlich von der eigentlichen patria potestas, indem der Pupill durchaus Perſon, für ſich iſt, und daher niemals den Vormund vertritt, wie der Sohn den Vater, ſondern nur bisweilen vom Vormund vertreten wird. Der Pupill erwirbt für ſich und hat ſeine Perſönlichkeit auch dem Tutor gegenüber, ſo daß nicht bloß durch Contract und Delict Obligation zwiſchen ihnen entſtehen kann, ſondern ſogar die Tutel als ſolche Quelle eines eigenthümlichen civilen Obligationsverhältniſſes zwiſchen dem Tutor und Pupillen wird, welches die Römer als eine obligatio quasi ex contractu betrachten.

Die Pflicht des Tutor iſt, die der Perſon des Pupillen mangelnde juriſtiſche Handlungsfähigkeit in allen Beziehungen in Rückſicht des Willensentſchluſſes und der That zu erſetzen, und denſelben in Beziehung auf ſeine Perſon und ſein Vermögen zu vertheidigen;*) er iſt aber nicht verpflichtet, ihn zu alimentiren oder irgend ſonſt aus eigenen Mitteln für ihn etwas aufzuwenden, ſo wenig wie der Pupill dergleichen Verpflichtung gegen den Vormund hat.

So lange der Pupill noch infans und alſo in jeder Beziehung handlungsunfähig iſt, muß der Tutor von ſelbſt Alles wahrnehmen, was das Intereſſe des Pupillen erheiſcht und ihn in allen durch dieſes geforderten Geſchäften völlig vertreten;**)

---

*) L. 1 pr. D. de tutelis (26, 1). „Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa."

**) L. 9 pr. D. de administratione et periculo (26, 7). „Quoties tutor pecuniam pupillarem foenori dat, stipulatio hoc ordine facienda est; stipulari enim debet aut pupillus,

doch wird in rein natürlicher Beziehung auch dem Kinde eine wirkſame Handlungsfähigkeit zugeſtanden, wenn ſie nur in ganz natürlicher unmittelbarer Weiſe vorhanden iſt.*)

Wenn der Pupill über die Kindheit hinaus, der Pubertät näher iſt, infantia major, pubertati proximus, ſo wird ihm ſchon weiter in manchen Beziehungen eine vollſtändige juriſtiſche Handlungsfähigkeit zugeſtanden, d. h. daß er nicht bloß das vom Tutor angegebene und gebilligte Geſchäft ausführen, ſondern ſich auf eigne Hand und allein wirkſam auch dazu entſchließen kann, gleichſam ipse sibi auctor werden kann. Dies iſt der Fall, ſo oft das Geſchäft ſicher eine Bereicherung enthält. Er kann lucrative Eigenthums- und Beſitzerwerbungen machen, vollwirkſam Gläubiger in einer Obligation, ſelbſt durch stipulatio **) werden, ſofern dieſelbe nicht, wie z. B. die novatio, zugleich eine Veräußerung enthält.

---

aut servus pupilli. Quodsi neque pupillus ejus aetatis erit, ut stipulari possit, neque servum habebit, tunc ipse tutor, quive in ejus potestate erit; quo casu Julianus saepissime scripsit, utilem actionem pupillo dandam. Sed et si absens sit pupillus, oportere tutorem suo nomine stipulari, nequaquam ambigendum est."

*) L. 1 § 3 D. de acquir. vel amitt. poss. (41, 2), „Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt, eam enim rem facti, non juris esse; quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant."

**) pr. I. de auctoritate tutorum (1, 21). „Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. Ut ecce, si quid dari sibi stipulantur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis pupilli promittant, necessaria est. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur."

Diejenigen Geſchäfte aber, die gewiß oder vielleicht*) eine Verbindlichkeit oder ſonſtige Verärmerung des Pupillen enthalten, kann und muß er in der Regel, ſo weit er dazu fähig iſt, freilich ſelbſt ausführen, z. B. die promissio auf eine stipulatio; aber daß das Geſchäft, ſo wie geſchieht, vorgenommen werde, muß vom Tutor gebilligt und ausgegangen ſein, der Tutor muß dazu auctor fieri, auctoritatem suam interponere.

Die auctoritatis interpositio kann bei allen naturalen Geſchäften durch eine jede Art der Ermächtigung geſchehen; bei civilen aber geſchieht dieſelbe dadurch, daß der Tutor bei dem vom Pupillen ausgeführten Geſchäfte anweſend iſt, ohne daß es dann eines ausdrücklichen Conſenſes bedarf.**) Das Geſchäft, welches ohne tutoris auctoritas geſchloſſen iſt, wo dieſelbe erforderlich war, iſt, ſo weit es zum Vortheil des Pupillen iſt, dennoch gültig, ſo weit es zu ſeinem Nachtheil iſt, aber ungültig;***) doch kann auch im letzten Fall der Pupill auf die noch vorhandene in rem versio belangt werden,†) nach Geſtalt der Sachen durch Vindicationen oder Condictionen.

---

*) § 1 I. h. t. (I, 21). „Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate; quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeant.“

**) § 2 I. h. t. (I, 21). „Tutor autem statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit.“

***) pr. I. de auctoritate tutorum (I, 21) cit.

†) L. 46 D. de O. et A. (44, 7). „Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate; veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit; nam judicio communi dividundo obligabuntur.“

B. Entſtehung der Tutel.

§ 3.

A. Delation derſelben.

1) Durch das Geſetz, legitima tutela. Von Rechtswegen haben ſchon nach den XII Tafeln das Recht und die Pflicht auf die Tutel die nächſten Inteſtaterben des Pupillen; beim ingenuus waren das anfangs die nächſten Agnaten,*) im Juſtinianiſchen Recht alle nächſten männlichen Cognaten. Nicht bloß eine Ausnahme von dieſer Regel des Geſchlechts, ſondern ſogar ein Vorzugsrecht genießen hier die Mutter und Großmutter, indem beide unbedingt allen männlichen Seitenverwandten, die Mutter ſelbſt den entfernteren männlichen Aſcendenten vorgehen ſoll.**) Nach der Analogie dieſer auf den XII Tafeln beruhenden geſetzlichen Verwandtentutel, legitima agnatorum tutela, als deren Fun-

---

*) Gaj. I, 155. „Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.“

**) Nov. 118 c. 5. „Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, etiam ea, quae ad tutelam pertinent, clara sunt. Sancimus enim, ut unusquisque eo gradu et ordine, quo ad hereditatem vel solus, vel cum aliis vocatur, etiam munus tutelae suscipiat, neque ulla differentia neque hac in parte ex jure agnationis aut cognationis introducatur, sed omnes similiter ad tutelam vocentur, cum ii, qui per masculos, tum ii, qui per feminas impuberibus junguntur. Haec autem dicimus, si masculi et perfectae aetatis sint, et nulla lege tutelam suscipere prohibeantur, neque excusatione sibi competente utantur. Mulieres enim etiam nos tutelae munus subire prohibemus, nisi mater vel avia sit. His enim solis secundum ordinem hereditatis etiam tutelam suscipere permittimus, si apud acta et secundis nuptiis, et beneficio SCti Vellejani renunciaverint. Haec enim si observent, omnibus cognatis ex latere ad tutelam praeferentur, testamentariis solum tutoribus eas praecedentibus.“

dament das geſetzliche Erbrecht angeſehen wurde, ſchuf die Gewohnheit und Interpretation die ſpäter ebenfalls legitima genannte tutela patronorum*) und parentum.**)

2) Durch Teſtament. So alt wie die legitima tutela iſt das Recht des Vaters, ſeinen Kindern im Fall ſeines Todes einen Tutor zu ernennen und dadurch die legitimi tutores auszuſchließen.***) Damit aber die Ernennung vollwirkſam ſei, mußte ſie in einem gültigen Teſtament oder in einem confirmirten Codicill von dem Aſcendenten in Betreff eines bei Lebzeiten deſſelben lebend oder concipirt†) in ſeiner Gewalt befindlichen, durch ſeinen Tod sui juris werdenden††) Deſcendenten geſchehen. Wenn hingegen hieran etwas fehlte, z. B. die Ernennung in einem unconfirmirten Codicill oder für emancipirte Kinder geſchehen war, ſo bedarf dieſelbe zur Wirkſamkeit erſt einer obrigkeitlichen Beſtätigung, häufig auch einer Cautionsbeſtellung des Tutors; †††) welche beiden Bedingungen bei dem tutor testamento recte datus wegfallen.

3) Durch die Obrigkeit. Wenn weder ein fähiger geſetzlicher noch ein wirkſam durch Teſtament ernannter Vormund da iſt, ſo wird dem Mündel ein ſolcher durch die Obrigkeit beſtellt. Ein ſolcher Vormund hieß in Rom Atilianus tutor, da zuerſt eine lex Atilia dem Römiſchen Praetor urbanus das Beſtellungsrecht gab, welches eine lex Julia et Titia auch den

---

*) I. de legitima patronor. tutela (I, 17).

**) I. de legitima parent. tutela (I, 18).

***) Ulp. XI, 14, 15. „Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum, his verbis: „Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto," qui tutores dativi appellantur. 15. Dari testamento tutores possunt liberis, qui in potestate sunt."

†) Gaj. I, 147.

††) Gaj. I, 146.

†††) L. 1. L. 2. L. 3 D. de confirmando tutore (26, 3).

praesides der Provinzen verlieh,*) und welches ſpäter der competenten Obrigkeit des Pupillen zuſteht.**)

Die Beſtellung eines Vormunds zu erbitten ſind alle berechtigt, welche durch Verwandtſchaft und Freundſchaft ein unmittelbares oder als künftige Erben, als Gläubiger und Schuldner ein pecuniäres Intereſſe daran haben;***) gewiſſe Perſonen aber ſind ſogar verpflichtet, von der Obrigkeit einen Vormund zu erbitten, wo keiner iſt, oder die obrigkeitliche Beſtätigung des non recte datus einzuholen; nämlich die Mutter und Großmutter und die nächſten Inteſtaterben und Dritte, welche durch eine Pupillarſubſtitution zur Erbſchaft des Pupillen gerufen ſind, müſſen binnen Jahresfriſt von dem Augenblick, wo die Beſtellung nothwendig war, von freien Stücken einen Vormund erbitten; im Falle ſchuldhafter Verſäumniß dieſer Pflicht verlieren ſie, wenn der Pupill nach Ablauf des Jahres, aber noch in der Unmündigkeit ſtirbt, ihr Erbrecht.†)

§ 4.

B. Antretung der angetragenen Vormundſchaft.

Es giebt gewiſſe Perſonen, welche zur Führung einer Tutel abſolut oder relativ unfähig ſind und deshalb, auch wenn ſie es wünſchen ſollten, zur Uebernahme einer angetragenen Tutel gar nicht zugelaſſen werden. Zu den abſolut Ausgeſchloſſenen gehören z. B. Fremde,††) Soldaten,†††) Minder-

---

*) Gaj. I, 185. „Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a Praetore urbano et majore parte Tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a Praesidibus provinciarum ex lege Julia et Titia."

**) L. un. C. ubi petantur tutor vel curator (5, 32).

***) L. 2 pr. § 3 D. qui petant tutor. (26, 3).

†) L. 2 § 1 D. h. t. (26, 6).
L. 2 § 43 D. ad SCt. Tertull. (38, 17).

††) L. 5 C. qui dare tutores (5, 34).

†††) L. 4 C. h. t. (5, 34). „Militiae armatae muneribus occupatus, neque si legitimus sit, neque si ex testa-

jährige*) und Weiber, mit Ausnahme der Mutter und Großmutter.**) Relativ unfähig ſind z. B. die, welche erklärte Feinde des Vaters oder des Pupillen ſelbſt ſind,***) diejenigen, deren Tutel Vater und Mutter ausdrücklich verboten haben,****) diejenigen, welche Geld dafür bieten†) und andere.

Andere Gründe, ſogenannte excusationes, giebt es, welche berechtigen, a) die Uebernahme einer anfallenden Tutel abzulehnen, z. B. ſiebenzigjähriges Alter, eine gewiſſe Anzahl von Kindern, oder ſchon übernommene Vormundſchaften.††) Ferner Veteranen, öffentliche Lehrer, Aerzte, Verwalter fiscaliſcher und kaiſerlicher Güter und andere dürfen eine Vormundſchaft ablehnen. b) Noch andere Gründe endlich befreien von der weitern Führung einer ſelbſt ſchon angetretenen Vormundſchaft; dahin gehört z. B. Krankheit, Verarmung, Veränderung des Wohnorts, Abweſenheit in öffentlichen Geſchäften.†††)

Jeder, dem nicht eine geſetzliche Entſchuldigung zu Gebote ſteht, iſt verpflichtet, eine ihm durch Geſetz oder durch die

---

mento datus fuerit, nec alio modo, etsi voluerit, tutor vel curator fieri potest; sed si errore ductus res administraverit, negotiorum gestorum actione convenitur."

*) L. 10 § 7 D. de excus. tut. (27, 1).

**) Nov. 118 c. 5 cit.
L. 1 C. quando mulier (5, 35). „Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est."

***) L. 3 § 12 D. de suspectis tutorib. (26, 10). „Si tutor inimicus pupillo parentibusve ejus sit, et generaliter, si qua justa causa Praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versari, rejicere eum debebit."

****) L. 21 § 2 D. de tut. et cur. dat. (26, 5).

†) L. 21 § 6 D. h. t. (26, 5).

††) L. 2 § 1. 2. 8. D. de excus. (27, 1).

†††) I. de excusationibus tutorum (I, 25).

Obrigkeit angetragene Vormundſchaft anzutreten. Der durch Teſtament zur Tutel Gerufene verliert im Fall der Unterlaſſung Alles, was ihm von dem Teſtator hinterlaſſen iſt. Wer eine excusatio hat und dieſe benutzen will, muß dieſe innerhalb funfzig Tagen bei der competenten Obrigkeit vorbringen und innerhalb vier Monaten beweiſen.*) Wer das unterläßt, oder ſonſt verpflichtet zur Uebernahme nicht antritt, haftet von dem Augenblick, wo er antreten ſollte, als wenn er angetreten hätte. Dieſer Zeitpunct iſt für den tutor testamento recte datus im Momente der erworbenen Erbſchaft ipso jure vorhanden; für den legitimus tutor, ſobald er die Delation erfährt;**) für den unvollſtändigen teſtamentariſchen und den durch die Obrigkeit gerufenen vom Augenblick des beſtätigenden oder ernennenden obrigkeitlichen Decrets.

§ 5.

C. Verbindlichkeiten des Tutors bei Uebernahme und Führung der Tutel.

Jeder Vormund iſt verpflichtet bei Uebernahme der Tutel unter Zuziehung öffentlicher Perſonen ein Inventar über das Pupillenvermögen zu errichten,***) wenn daſſelbe nicht etwa im väterlichen Teſtament verboten wurde.†) Ferner ha-

*) § 16 I. h. t. (I, 25).

**) L. 5 § 10 D. de administrat. et peric. tutor. (26, 7). „Ex quo innotuit tutori, se tutorem esse, scire debet, periculum tutelae ad eum pertinere. Innotescere autem qualiterqualiter sufficit, non utique testato eum conveniri; nam etsi citra testationem, scilicet undecunque cognovit, nulla dubitatio est, quin debeat periculum ad ipsum respicere.“

***) L. 24 pr. C. de administr. tutor. (5, 37). „Tutores vel curatores, mox quam fuerint ordinati, sub praesentia publicarum personarum inventarium rerum omnium et instrumentorum solemniter facere curabunt.“

†) L. 13 § 1 C. arbitrium tutelae. (5, 51).

den die übrigen Vormünder in der Regel die Verpflichtung zur Eidesleiſtung*) und zur Beſtellung der cautio rem pupilli salvam fore, von welcher der vollſtändig beſtellte teſtamentariſche Tutor ipso jure frei iſt.**) Alle Vormünder müſſen bei der Niederlegung der Tutel nach Anleitung des Inventars und überhaupt über ihre Führung Rechnung ablegen. In Beziehung auf die Perſon des Pupillen hat der Tutor, ſofern nicht durch das väterliche Teſtament beſondere Beſtimmungen gemacht ſind, für die Sicherheit des Mündels gegen Verletzung und Beleidigung aller Art,***) für ſeine ſtandesmäßige Erziehung, Alimentation†) und Haltung in jeder Weiſe zu ſorgen.

In Beziehung auf die Vermögensverwaltung, ſo hat er die im Intereſſe des Pflegebefohlenen nöthigen Geſchäfte nach den obigen Grundſätzen entweder ſelbſt vorzunehmen oder auf ſeine Auctorität vom Pupillen ſelbſt vornehmen zu laſſen. Er ſoll das Pupillarvermögen möglichſt conſerviren und vermehren, die nach ſeinem Ermeſſen erforderlichen Erwerbungen und Veräußerungen vornehmen.††) In der

---

*) Nov. 72 c. 8.

**) pr. I. de satisdatione tutorum (I, 24). „Ne tamen pupillorum pupillarumve, et eorum, qui quaeve in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusve consumantur aut deminuantur, curat Praetor, ut et tutores, et curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur, quia idonei electi sunt.“

***) L. 30 D. de administr. tutor. (26, 7). „Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat.“

†) L. 3 § 6 D. ubi pupillus educari. (27, 2). Sed si egeni sint pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur; et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent, quae decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit.“

††) L. 22 C. de administr. tutor. (5, 37).

letzteren Beziehung aber bedarf es häufig einer beſondern Erlaubniß durch Decret der competenten Obrigkeit; Grundſtücke, Schuldforderungen, überhaupt werthvolle Sachen darf der Vormund nur verkaufen, wenn ihn die Obrigkeit nach vorgängiger causae cognitio durch ein beſonderes Decret ermächtigt hat. Im Uebertretungsfalle iſt die Veräußerung in der Regel nichtig, ſo daß dem Beſitzer die Sache abvindicirt werden kann.

§ 6.

C. Beendigung der Tutel.

Die Vormundſchaft hört 1) nicht bloß durch den Tod des Mündels auf, ſondern geht beim Tode des Vormunds auch nicht auf deſſen Erben über. 2) Daſſelbe tritt ein bei capitis deminutio magna des Einen von beiden. 3) Die teſtamentariſche Tutel kann auch durch Eintritt der beigefügten Bedingung oder des Termins aufhören. 4) Jede Tutel hört auf mit der Pubertät des Mündels. 5) Durch eine capitis deminutio minima deſſelben; wogegen die cap. dem. minima des Vormunds nur ausnahmsweiſe dieſe Wirkung hat. 6) Wenn der Tutor von einem geſetzlichen Excuſationsgrunde Gebrauch macht.*) 7) Wenn der Tutor als suspectus entfernt wird.**)

*) § 1. 2. 3. 4. 5. I. quib mod. tutela finitur (I, 22). „Item finitur tutela, si arrogati sint adhuc impuberes, vel deportati; item si in servitutem pupillus redigatur [ut ingratus a patrono] vel ab hostibus fuerit captus. § 2. Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit testamento, aeque evenit, ut desinat esse tutor existente conditione. § 3. Simili modo finitur tutela morte vel pupillorum, vel tutorum. § 4. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit; minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceterae non pereunt. § 5. Praeterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.“

**) pr. § 1 I. de susp. tutor. (I, 26). „Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere. § 1.

Es kann nämlich auf den Verdacht hin, daß der Tutor zur Führung unfähig oder unwürdig ſei, Jeder die den Mitvormündern ſogar zur Pflicht gemachte accusatio oder postulatio suspecti tutoris auf Abſetzung des Vormunds erheben,*) welche außer der Abſetzung auch Infamie und weitere Criminalſtrafen zur Folge haben kann.**)

§ 7.

Rechtsmittel aus der geführten Tutel.

Das familienähnliche und als ſolches an ſich nicht obligatoriſche Verhältniß der Tutel wird durch die in ſeiner Folge eintretende Vermögensverwaltung des Tutors Grund eines obligatoriſchen Verhältniſſes zwiſchen ihm und dem Pupillen. Dieſes iſt einem Mandat und einer negotiorum gestio ähnlich und wird als eine obligatio quasi ex contractu betrachtet.***)

Aus demſelben ſteht dem Pupillen und deſſen Erben die actio tutelae directa gegen den Vormund und deſſen Erben zu. Dieſelbe geht auf Rechnungsablage, auf Heraus-

---

Datum est autem jus removendi tutores suspectos Romae Praetori, et in provinciis Praesidibus earum et Legato Proconsulis." ·

§ 2 I. h. t. (I, 26). „Ostendimus, qui possent de suspecto cognoscere; nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et quidem omnes tutores possunt, sive testamentarii sint, sive alterius generis tutores; quare etsi legitimus sit tutor, accusari poterit."

*) § 3 I. h. t. (I, 26). „Consequens est, ut videamus, qui possint suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere."

**) § 6. 7. 8. I. h. t. (I, 26). „Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est; si ob culpam, non aeque. § 7. Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est. § 8. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio."

***) § 2 I. de obl., quae quasi ex contr. (3, 15) cit. pag. 403.

gabe des vorhandenen Pupillenvermögens und auf Erſatz wegen des verſchuldeten Schadens, wobei der Vormund nicht weiter, als für die diligentia quam in suis haftet;*) der wegen dolus verurtheilte Vormund aber wird infam. Zur Sicherheit dieſer Forderungen hat der Pupill nicht bloß ein privilegium exigendi,**) ſondern ein geſetzliches Pfandrecht am ganzen Vermögen des Tutors.***) Wo mehrere Tutoren waren, da haften dieſe, jedoch mit Zuſtändigkeit des beneficium divisionis, in solidum. Nach den Tutoren und deren Erben haften auf gleiche Weiſe die Bürgen und ſogar die nominatores, welche der Obrigkeit einen zum Tutor empfahlen, und die affirmatores, das ſind diejenigen, welche auf Anfragen der Obrigkeit einen fälſchlich für tüchtig zum Tutor erklärt haben.

Der Vormund hat auf Entſchädigung wegen gemachter Aufwände, auf Befreiung von übernommenen Verbindlichkeiten die gleich der directa activ und paſſiv auf die Erben übergehende contraria tutelae actio.†)

Für den beſonderen Fall, daß der Vormund doloſer Weiſe etwas aus dem Vermögen des Pupillen verbracht hat, ſteht demſelben eine alte mixta actio in duplum, die actio rationibus distrahendis zu, welche urſprünglich ohne Zweifel von weiterer Anwendung und die einzige Klage des Pupillen war, welche aber, nachdem durch die tutelae actio

---

*) L. 1 pr. D. de tutelae et rationib. distrah. (27, 3). „In omnibus, quae fecit tutor, quum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam, et quantam in rebus suis diligentiam.“

**) L. 25 D. h. t. (27, 3).

***) L. 20 C. de administratione tutor. (5, 37). „Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores exsistant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit.“

†) § 2 I. de obl., quae quasi ex contr. (3, 15) cit.

dem Pupillen ein noch weiterer Schutz gegeben war, in Rückſicht ihrer Competenz ſtricter interpretirt wurde, und in den Fällen, wo ſie noch Anwendung leidet, mit der tutelae actio ſingulärer Weiſe ſchlechthin nur alternativ concurrirt. *)

§ 9.

II. Cura.

Das älteſte der mit dieſem Namen bezeichneten Schutzverhältniſſe iſt:

1) Die cura furiosi. Dieſe cura, welche ſchon in den XII Tafeln erwähnt wird **) und, wie die tutela legitima, den

---

*) L. 1 § 21—24. L. 2 D. de tutelae et rationib. distrah. (27, 3). „In tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, et ideo sive tutelae fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, sive contra, tutelae actio, quod ad speciem istam, peremta est. § 22. Hunc tamen tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, et furti teneri Papinianus ait; qui etsi furti teneatur, hac actione conventus, furti actione non liberatur; nec enim eadem est obligatio furti ac tutelae, ut quis dicat, plures esse actiones ejusdem facti, sed plures obligationes, nam et tutelae, et furti obligatur. § 23. Hanc actionem, sciendum est, perpetuam esse, et heredi similibusque personis dari ex eo, quod vivo pupillo captum est; sed in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est. § 24. Haec actio tunc competit, quum et tutelae actio est, hoc est finita demum tutela.“

L. 2. „Actione de rationibus distrahendis nemo tenetur, nisi qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerit. § 1. Quod si furandi animo fecit, etiam furti tenetur. Utraque autem actione obligatur, et altera alteram non tollet. Sed et condictio ex furtiva causa competit, per quam si consecutus fuerit pupillus, quod fuerit ablatum, tollitur hoc judicium, quia nihil absit pupillo. § 2. Haec actio licet in duplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.“

**) § 3 I. de curatoribus (I, 23). „Furiosi quoque et prodigi, licet majores vigintiquinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatarum ex lege duodecim tabularum; sed so-

nächſten Agnaten oblag, iſt überhaupt der tutela am ähnlichſten. Der Curator des Wahnſinnigen hat für die Perſon des Pflegebefohlenen, wie ein Tutor, beſonders für ſeine Heilung Sorge zu tragen und ihn in allen Vermögensangelegenheiten zu vertreten. Doch giebt es gewiſſe Geſchäfte, die der Curator nicht für den furiosus vornehmen kann, z. B. Antretung einer Erbſchaft.*) Dieſer cura nachgebildet gab es ſchon früh

2) eine cura für Verſchwender, cura prodigorum,**) d. i. für ſolche, denen durch obrigkeitliches Decret die eigene Verwaltung ihres Vermögens genommen war, quibus bonis interdictum est; und endlich für ſolche Perſonen, die wegen Krankheit und geiſtiger Schwäche nicht ſelbſt ihrem Vermögen vorſtehen konnten.***)

3) Cura minorum XXV annis. Da die Mündigkeit, pubertas, welche in manchen Beziehungen erſt ſpäter, nämlich mit dem 18. Jahr†) angenommen wurde, zu Folge einer ſtricten Interpretation der ältern Juriſten in der Regel und namentlich in Beziehung auf die Fähigkeit zur ſelbſtſtändigen Vermögensver-

---

lent Romae Praefectus urbi vel Praetor, et in provinciis Praesides ex inquisitione iis curatores dare."

*) L. 7 § 5. 8. C. de curatore furiosi (5, 70).

**) L. 1 C. h. t. (5, 70). „Curatores impleta legitima aetate prodigis vel furiosis solent tribui."

L. 1 pr. D. de curator. furiosi (27, 10). „Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie Praetores vel Praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi; et tam diu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum."

***) § 4 I. de curatorib. (I, 23). „Sed et mente captis, et surdis, et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt."

†) § 4 I. de adopt. (1, 11). cit. pag. 619.

waltung ſchon ſo früh, nämlich mit dem 14. Jahr eintrat, ſo mußte das Recht, ohne Zweifel ungefähr gleichzeitig als ſich dieſe Interpretation gegen die ältere Gewohnheit, daß die Tutel nach Ermeſſen des Tutors aufzuhören pflegte, Geltung verſchaffte, den durch eine ſo frühe Selbſtſtändigkeit gefährdeten Mündigen allerlei Schutz angedeihen laſſen, aus welchem ſich unter andern endlich eine eigenthümliche cura entwickelte, welche wenigſtens im ſpätern Recht von der eigentlichen Tutel nicht ſehr verſchieden iſt und faſt als eine Fortſetzung derſelben betrachtet werden kann.

Zuerſt geſtattete eine lex Plaetoria*) aus der Mitte des 6. Jahrhunderts gegen Jeden, der Perſonen unter 25 Jahren, minores viginti quinque annis s. minores, in einem Geſchäfte übervortheilte, eine accusatio publico judicio, welche aber nach demſelben Geſetze durch Zuziehung eines Curators vermieden werden konnte. Die Folge davon war, daß die Minderjährigen, das ſind alſo mündige Perſonen, puberes unter 25 Jahren, von ihren Contrahenten vermocht wurden, einen Curator für das beabſichtigte Geſchäft vom Prätor zu erbitten. Außerdem pflegte der Prätor den übervortheilten Minderjährigen gegen die ſie verletzenden Geſchäfte, welche urſprünglich niemals von ſelbſt null waren, eine restitutio in integrum zu gewähren.

Seit Marc Aurel wurde es, wenn auch nicht juriſtiſche Nothwendigkeit, doch Sitte, nicht bloß wie bisher, für ein beſtimmtes Geſchäft, ſondern einen beſtändigen Curator**) ſchon beim Aufhören der tutela zu erbitten. Denn für die Entgegennahme der Rechnungsablage***) des Tutors aus der geführten Tutel wurde dem Minderjährigen bald die

---

*) Cic. de off. III, 15; Cic. de N. D. III, 30.

**) Capitolinus in Marco. c. 10. „De curatoribus vero, cum ante non nisi ex lege Plaetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.“

***) L. 7 C. qui petant tutores (5, 31).

Zuziehung eines Curators anbefohlen, welchen er denn wohl beizubehalten pflegte. Dazu kamen noch einige andere Geſchäfte, z. B. Führung eines Proceſſes,*) die ſchlechthin und bei Vermeidung der Nullität den Beiſtand eines Curators erforderten, bei denen es der Reſtitution alſo nicht bedurfte; denn die restitutio in integrum fordert hier, wie allenthalben, ein zu Rechte beſtehendes Geſchäft, und außerdem eine Läſion der Minderjährigen.**) Indeſſen giebt es Fälle, wo ausnahmsweiſe dennoch die Reſtitution verweigert wird. Denn wenn z. B. der Minderjährige ſeiner Frau eine donatio propter nuptias gemacht hat,***) wenn er einen Sclaven manumittirt hat,†) wenn er eidlich auf die Reſtitution verzichtet hat,††) wird ſie ihm nicht gegeben. Aber auch für jene Geſchäfte, welche ſonſt zur Rechtsbeſtändigkeit die Zuziehung eines Curators erheiſchen, wird der Minderjährige, wenn er vom Regenten die übrigens nur den wenigſtens 20jährigen Männern und 18jährigen Weibern zu ertheilende venia aetatis erlangte, von der Nothwendigkeit der Curatel entbunden;†††) wodurch er denn natürlich

*) § 2 I. de curatoribus (I, 23). „Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem; curator enim et ad certam causam dari potest.“

**) L. 44 D. de minoribus (4, 4). „Non omnia, quae minores annis vigintiquinque gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita ejusmodi deprehensa sunt; ut si ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserunt, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserunt, aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverunt.“

***) L. 1 C. si adversus donat. (2, 30).

†) L. 1 C. si adversus libert. (2, 31).

††) L. 1 C. si adversus venditionem (2, 28). „Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam jurejurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae, neque perjurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti.“

†††) L. 2 pr. C. de his, qui veniam aetatis impetraverint (2, 45). „Omnes adolescentes, qui honestate morum praediti pa-

auch des beneficium der Reſtitution wegen minor aetas verluſtig wird.

Kein curator minoris hat eine potestas über die Perſon des Pflegebefohlenen. Die beſtändige cura aber giebt in Beziehung auf das vom Vater ererbte Vermögen des Minderjährigen, rückſichtlich deſſen ſie im ſpätern Rechte *) wenigſtens eine allgemein übliche wurde, dem Curator eine Adminiſtration, welche der des Tutors ganz ähnlich iſt, jedoch ohne auctoritatis interpositio. Der Minderjährige kann allenthalben alleine und ohne Anweſenheit des Curators handeln, und die zur vollen Wirkſamkeit erforderliche Zuſtimmung des Curators, consensus curatoris, iſt an keine Form gebunden, kann ſchriftlich oder mündlich, vorher oder nachher ertheilt werden.

Was die Entſtehung dieſer cura betrifft, ſo wird ſie niemals durch das Geſetz, ſondern nur von der Obrigkeit angetragen. Es giebt wohl eine teſtamentariſche Deſignation zur Curatel, welche aber ſtets der Beſtätigung bedarf. **) In Betreff der Fähigkeit zur cura und der Excuſationen von derſelben, ferner in Betreff der Verbindlichkeit zur Uebernahme, bei der Uebernahme und aus der Führung derſelben gelten ungefähr dieſelben Grundſätze, wie bei der Tutel.

---

ternam frugem vel avorum patrimonia gubernare cupiunt, et super hoc imperiali auxilio indigere coeperint, ita demum aetatis veniam impetrare audeant, quum vicesimi anni metas impleverint, ita ut post impetratam aetatis veniam iidem ipsi per se principale beneficium allegantes non solum praescriptorum annorum numerum probent, sed etiam testibus idoneis advocatis morum suorum instituta probitatemque animi et testimonium vitae honestioris edoceant."

*) pr. I. de curatoribus (I, 23). „Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt, quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint."

**) § 1 I. de curatorib. (I, 23). „Dantur autem curatores ab iisdem Magistratibus, a quibus et tutores; sed curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto Praetoris vel Praesidis."

4) Außer dieſen Curateln für Perſonen giebt es noch eine ſogenannte cura bonorum. Die in der Regel nur auf obrigkeitliches Decret eintretende Verwaltung ſolcher Vermögen, welche augenblicklich juriſtiſch oder factiſch keinen beſtimmten Herrn haben, wird von den Römern ſelbſt cura genannt. Dahin gehört die cura bonorum im Concurſe, die cura einer noch nicht angetretenen Erbſchaft, hereditas jacens,*) die cura bonorum absentis und andere.

Viertes Buch.

Erbrecht.

Erſtes Capitel.

Allgemeine Vorbegriffe.

§ 1.

Gegenſtand des Erbrechts, der Nachlaß, hereditas.

Seitdem die lex Poetelia das alte Recht, welches die Forderungen und Schulden der Perſon auf die ſinnliche, phyſiſche Perſon beſchränkte,**) corrigirend beſtimmte, daß die Schulden an dem Vermögen, den bona des Schuldners rechtlich haften ſollten, ſo mußte dieſe Haft der Güter bleiben, auch wenn die Perſon mit bürgerlichem oder natürlichem Tode abging, und wer die Güter nahm, mußte mit ihnen auch die an ihnen haftenden Schulden nehmen. Aber wenn das Vermögen es iſt, von welchem die Schulden gezahlt werden, ſo iſt es auch das Vermögen, an welches die Forderungen gezahlt werden; und auch dieſe haften, wie die Schulden, an dem Vermögen.***) Es werden alſo von der mit Tode abgehenden Perſon ihre obli-

*) L. 3 D. de curatoribus furiosi et aliis extra minores dandis (27, 10). „Dum deliberant heredes instituti adire, bonis a Praetore curator datur.“

**) Vgl. § 15 pag. 116.

***) Vgl. § 1 pag. 276 ff.; § 35 pag. 156.

gatoriſchen ſo gut wie ihre dinglichen Vermögensverhältniſſe hinterlaſſen. Die vermögensrechtliche Perſönlichkeit ſtirbt nicht, ſie hat durch Urtheil und Gewalt des Rechts die über die eigne phyſiſche Macht und Dauer hinausreichende geiſtige, objective, d. i. Rechtsſicherheit.*)

Aber nur das ſeinem Grunde und Zwecke nach rein Vermögensartige und als ſolches Aeußerliche und Vertretbare geht über, nicht die das Weſen und die unvertretbare Eigenthümlichkeit der Perſon betreffenden Familieneigenſchaften, Geſchicklichkeiten, und ſittliches und juriſtiſches Verdienſt, oder Schuld. Daher kann die Ehe oder eine Staatswürde, Privilegien, wie das beneficium competentiae, ein Mandat, eine Societät als ſolche, als Quelle von Verbindlichkeiten nicht vererbt werden.**) Aber auch unter den beſtimmt exiſtent gewordenen Forderungen mit beſtimmter causa und beſtimmtem Zweck muß weiter unterſchieden werden; denn nur eine obligatio, welche in dieſen beiden Beziehungen rein vermögensrechtlicher Natur iſt, geht auf die Erben über.

A. Darin iſt enthalten: 1) daß eine Pönalforderung,***) welche für den Beklagten allein Beſtrafung wegen einer Schuld zum Gegenſtande hat, wie die actio furti, welcher die actio vi bonorum raptorum gleichgeſtellt iſt,†) nicht auf die Erben deſſelben übergehen kann, denn ſie haben nichts verſchuldet. 2) Was den Uebergang auf die Erben des Klägers betrifft, ſo muß noch weiter unterſchieden werden: a) Wenn die Pönalklage aus einer Vermögensbeſchädigung entſpringt, wie die actio furti, ſo geht ſie auf den Erben des Klägers über, denn er bekommt das beſchädigte Vermögen, die Klage hat für ihn vermögensrechtlichen Grund, alſo auch Zweck.

---

*) Vgl. § 35 pag. 157.

**) Vgl. § 17 pag. 347; § 66 pag. 470.

***) L. 1 pr. D. de priv. delict. (47, 1). „Civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri, nec ceteros quidem successores. Idcirco nec furti conveniri possunt.“

†) L. 2 § 27 D. de vi bonor. raptor. (47, 8).

b) Wenn die Klage aber in einer rein perſönlichen Beleidigung ihren Grund hat, wie die actio injuriarum, querela inofficiosi testamenti etc., und deshalb auch ihrem Zweck nach mere vindictam spirans iſt, ſo geht ſie auf den Erben des Klägers ſo wenig als des Beklagten über, denn er iſt nicht beleidigt; *) die Klage hat abſolut keinen vermögensrechtlichen Grund, alſo auch keinen vermögensrechtlichen Zweck; denn Zweck und Grund der Klage ſind correlat, oder verhalten ſich wie Urtheil und Beurtheiltes.

B. Wenn aber die Klage, aus einer Vermögensbeſchädigung entſpringend, nur auf Entſchädigung und nicht auf Strafe geht, ſo geht ſie activ ſchlechthin über, auf die Erben des Beklagten aber kann ſie wegen der vom Erblaſſer zugefügten delictiſchen und als ſolcher nicht transmiſſibeln Handlung nicht übergehen, ſondern nur ſo weit der Erbe ſelbſt durch die That, re, beſchädigt, d. h. ſo weit er aus der Beſchädigung etwas im Nachlaß vorgefunden und einmal **) er-

*) L. 1 § 1 D. de priv. delict. (47, 1). „Heredem autem furti agere posse aeque constat; executio enim quorundam delictorum heredibus data est. Ita et legis Aquiliae actionem heres habet. Sed injuriarum actio heredi non competit.“

L. 15 § 14 D. de injuriis (47, 10). „Injuriarum actio, quae ex convicio nascitur, in heredes non est reddenda, sed nec heredi.“

**) L. 17 D. quod metus causa (4, 2). „Videamus ergo, si heres, ad quem aliquid pervenerit, consumserit id, quod pervenit, desinat teneri, an vero sufficit semel pervenisse? et si consumto eo decesserit, utrum adversus heredem ejus omnimodo competit actio, quoniam hereditariam suscepit obligationem, an non sit danda, quoniam ad secundum heredem nihil pervenit? Et melius est, omnimodo competere in heredem heredis actionem; sufficit enim semel pervenisse ad proximum heredem et perpetua actio esse coepit; alioquin dicendum erit, nec ipsum, qui consumsit, quod ad eum pervenit, teneri.“

L. 38 D. de R. I. (50, 17). „Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.“

worden hat, d. i. in Beziehung auf das, quod ad eum pervenit, in quantum locupletior factus est. Von der Art ſind die actio legis Aquiliae,*) de dolo actio,**) interdictum de vi.***)

C. Wenn die Forderung aber einen contractiſchen oder quaſicontractiſchen Grund hat, von welcher Gattung auch die condictio furtiva†) iſt, ſo geht ſie activ und paſſiv vollaus auf die Erben über, ſelbſt wenn innerhalb des Contracts ein dolus begangen war;††) denn der dolus in Contracten iſt nichts anders als Nichterfüllung des Contracts, und die Klage aus dieſem dolus nur eine Klage wegen Nichterfüllung des auch vom Erben zu Erfüllenden.†††)

L. 44 D. de R. I. (50, 17).
L. 20 D. de poenis (48, 19).

*) L. 23 § 8 D. ad leg. Aquil. (9, 2). „Hanc actionem et heredi ceterisque successoribus dari constat; sed in heredem vel ceteros haec actio non dabitur, quum sit poenalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit."

**) L. 15 D. de dolo (4, 3).

***) L. 1 § 48. L. 3 § 18 D. de vi (43, 16).

†) L. 7 § 2 D. de cond. furt. (13, 1).
Vgl. § 24 pag. 386.

††) L. 49 D. de O. et A. (44, 7). „Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur; veluti quum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is, apud quem depositum est. Quo casu etiam, quum filiusfamilias aut servus quid tale commisit, de peculio actio datur, non noxalis."

†††) L. 7 § 1 D. deposit. (16, 3). Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit; ideoque in solidum unus heres tenetur, plures vero pro ea parte, qua quisque heres est."

§ 1 I. de perpetuis et temporal. act. (4, 12). „Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, quum testator dolose versatus sit, et ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit."

D. Nach der litis contestatio aber gehen alle Forderungen activ und paſſiv auf die Erben über;*) denn durch ſie als eine Quaſinovation**) bekommt jede Obligation einen quaſicontractiſchen, d. i. vermögensrechtlichen Grund, unangeſehen von welcher Art ſie urſprünglich war.

Dieſer ganze Inbegriff der von dem defunctus nachgelaſſenen Rechtsverhältniſſe iſt es, was ſeit der lex Poetelia mit hereditas bezeichnet wird.***)

§ 2.
Begriff des Erben, heres.

Das Recht des Erben, heres, das iſt derjenigen Perſon, welche in den ganzen Nachlaß des Verſtorbenen, in omne jus defuncti, eintritt, iſt eine successio per universitatem, Univerſalſucceſſion,†) im Gegenſatz der successiones in singulas res. Erſt ſeit dem Pöteliſchen Geſetz konnte es ſolche geben und gab es im ältern Recht auch außer der hereditas unter Lebenden††) dergleichen. Z. B. in die bona des inſolventen Schuldners wurde von dem emptor bonorum per universitatem ſuccedirt. Immer aber war, da der Inhalt der Univerſalſucceſſion Fortſetzung einer Perſönlichkeit iſt, Aufhören einer Perſönlichkeit durch natürlichen oder bürgerlichen Tod, univerſell durch cap. dem. magna, oder wenig-

---

*) L. 26. L. 33 D. de O. et A. (44, 7). „Constitutionibus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo."

**) L. 11 § 1 D. de novationibus (46, 2). Vgl. § 88 pag. 545.

***) L. 24 D. de V. S. (50, 16). „Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit."

†) L. 37 D. de adquir. vel omitt. hered. (29, 2). „Heres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, quum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant."

††) Gaj. I, 97. 98. Vgl. § 90 pag. 557.

ſtens in vermögensrechtlicher Beziehung capitis deminutio minima die Bedingung. Dieſer kann jedoch nach dem Begriff der Perſönlichkeit, welche in ihrem Daſein als ſolche eben ſo ſehr Pflicht als Recht iſt, oder weil die Perſon ſich ſelbſt in ihrer Totalität auch für ſich ſelbſt nicht zum Object machen kann,*) niemals willkührlich, ſondern nur auf Auctorität des Rechtes eintreten.

Das neuſte Recht kennt keine andere Univerſalſucceſſion mehr als die des Erbrechts, welches definirt werden kann als die unmittelbare Fortſetzung einer durch natürlichen Tod aufhörenden Perſönlichkeit, in ſo weit dieſelbe Subject reiner Vermögensverhältniſſe war. Das Object des Rechts iſt das Incorporale, die vermögensrechtliche Perſönlichkeit; das Erbrecht iſt ein dingliches Recht, da dieſes ſein Object unmittelbare Eigenſchaft des berechtigten Subjects wird, und dadurch einen abſoluten Anſpruch gegen Jedermann giebt.

Da das Object des Erbrechts eine Perſönlichkeit iſt, ſo berechtigt es nicht bloß, ſondern verpflichtet auch den Erben; er muß die Perſönlichkeit, wie ſie in ihrer weſentlichen Individualität und Totalität iſt, ertragen, sustinere personam defuncti, er kann nicht Theile der untheilbaren Perſönlichkeit annehmen, nicht Theile ausſchlagen. Wohl aber kann das Recht an dem untheilbaren Gegenſtande, wie das Eigenthum, Mehreren pro indiviso zufallen, und unter ihnen nachher effectiv in partes certae, divisae vertheilt werden. Da die Perſönlichkeit Object des Rechts iſt, kann daſſelbe nicht auf eine Zeit lang ſtattfinden, denn die Perſon ſoll durch das univerſelle Erbrecht eben Unſterblichkeit bekommen, semel heres semper heres; aus demſelben Grunde kann das Erbrecht nicht nach einer Friſt vom Tode des Erblaſſers an beginnen, denn die Perſon hört niemals auf; hereditas personam defuncti sustinet vom Tode bis zur Antretung.

---

*) Vgl. § 2 pag. 635.
L. 37 D. de liberali causa (40, 12).
Vgl. § 26 pag. 139; § 29 pag. 144.

§ 3.

Anfall und Erwerb des Erbrechts, delata, adquisita hereditas.

Zum Erwerbe des Erbrechts, wie eigentlich aller Rechte, iſt weſentliche Vorausſetzung: 1) Die Delation, die in einem rechtlichen Grunde vorhandene Möglichkeit Erbe zu werden.*) 2) Die Acquiſition d. i. eine juriſtiſch beſtimmte Handlung oder Verhältniß der Perſon, mit deren Vorhandenſein dieſe Möglichkeit für ſie zur Wirklichkeit wird. Beide Momente können in der Zeit zuſammen oder auseinander fallen. Niemals aber kann, ſeitdem das Erbrecht nicht bloß die corpora, alſo ſchlechthin Rechte, ſondern auch onera zum Gegenſtande haben kann, eine freie Perſon, dem Erfolge nach, wider ihren Willen Erbe werden.

§ 4.

Inhalt der Delation, verſchiedene Arten der Delation, und deren Verhältniß zu einander.

Es gab von den älteſten Zeiten des römiſchen Privatrechts zwei Arten der Delation des Erbrechts: 1) Durch Geſetz, legitima hereditas. 2) Durch letztwillige Verfügung, testamento.**) Die Delation gegen ein nicht rechtliches Teſtament iſt keine dritte Species, ſondern im Civilrecht eine Species der Inteſtatſucceſſion, im Prätoriſchen eine Species der teſtamentariſchen.

Keine Delation eines Nachlaſſes, weder die teſtamentariſche noch die geſetzliche, kann principaliter etwas Anderes enthalten, als directe Univerſalſucceſſion, jede von beiden hat das omne jus defuncti mit Nothwendigkeit zum Gegen-

*) L. 151 D. de V. S. (50, 16) „Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi.“

**) Gaj. II, 99. „Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quorum duplex condicio est; nam vel ex testamento, vel ab intestato ad nos pertinent.“

ſtande; es ſoll utilitatis publicae causa direct immer ein Univerſalſucceſſor d. i. heres ſein; wer alſo ein Teſtament macht, muß einen successor in omne jus ernennen oder er hat gar nicht testamento deferirt, ſondern ſtirbt intestatus; d. i. „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“. *) Es iſt ein Widerſpruch, pro parte testatus, pro parte intestatus esse; earum rerum naturaliter inter se pugna est; oder ein pro parte testatus iſt ein gänzlich intestatus, denn ein testamentum iſt nur heredis institutio, und heres iſt nur, qui succedit in omne jus defuncti.

Vermittelt durch die directe Univerſalſucceſſion des heres aber kann auch theilweiſe Succeſſion erfolgen. Im Teſtament konnte von jeher nach der Erbeseinſetzung eine Singularſucceſſion deferirt werden, ſpäter auch vermittelt durch den heres intestati eine ſolche, und endlich ſowohl durch Vermittlung der Inteſtat= als teſtamentariſchen Erbſchaft ſogar eine indirecte, ſecundäre Univerſalſucceſſion Statt finden. Alle Succeſſion außer der directen Univerſalſucceſſion, hereditas ſchlechthin, iſt Vermächtniß, und dieſes wieder legatum, fideicommissum singulae rei, oder Univerſalvermächtniß, fideicommissaria hereditas.

Der Gegenſtand der delata hereditas iſt immer eventuell die ganze hereditas. Selbſt da, wo mehreren Erben zugleich durch Geſetz oder Teſtament deferirt wird, wird den einzelnen eventuell das Ganze, und nicht eine Quote, oder gar ein Quantum angeboten. Wenn zur Zeit der Acquiſition noch mehrere Erben da ſind, ſo kann die Delation zwar nicht an allen vollwirkſam werden, aber wenn zur Zeit der Acquiſition nur Einer da iſt, ſo decrescirt ihm nichts von dem Ganzen, oder es accresciren ihm die durch den Ausfall der Mitgerufenen vacanten Theile; wer von dem durchaus un=

---

*) L. 7 D. de R. I. (50, 17). „Jus nostrum non patitur, eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.“

theilbaren concreten Ganzen einen Theil hat, erhält oder hat damit unvermeidlich das Uebrige, wenn es nicht von einem Miterben behalten wird; es giebt unter Miterben ein nothwendiges jus accrescendi.

§ 5.

Hereditas, bonorum possessio; alt-civiles, prätoriſches; neueres civiles Erbrecht.

In keinem Theile des Rechts iſt der unterſtützende, ergänzende und corrigirende Einfluß des Edicts im Verhältniß zum Civilrecht ſo umfaſſend und ſyſtematiſch, wie im Erbrecht.*) Denn ganz vorzüglich hier zeigte ſich das Civilrecht ſchon früh zu eng, theils in der Art und Form des Schutzes ſelbſt für die ſchon vorhandenen civilen heredes, theils durch die Ausſchließung gewiſſer Perſonen, die das alte Recht nicht kannte und deshalb nicht bedenken konnte, die aber nach neuerer Anſicht einen Antheil an dem Nachlaß haben mußten, theils durch die Nichtberückſichtigung gewiſſer Dritter, welche gleichfalls erſt das neuere Recht zu Intereſſenten qualificirt hatte. So ſchuf das Edict allmählig unter dem Namen bonorum possessio ein formell und materiell erweitertes und verbeſſertes Erbrechtsſyſtem, welches die Erben und die Dritten vollſtändiger ſchützte und neben alten Civilerben neue Perſonen zu Erben creirte und manche nach dem Buchſtaben des Civilrechts Erbberechtigte ausſchloß, und überhaupt das ganze Erbrecht, welches bisher eine reine Privatangelegenheit geweſen war, ſo weit dies nöthig wurde, unter

---

*) pr. I. de bonorum possessionibus (3, 9). „Jus bonorum possessionis introductum est a Praetore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo Praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint.“

§ 1. I. h. t. (3, 9). „Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem.“

öffentliche Auctorität ſtellte. Dieſes aus der unmittelbaren Nöthigung der Praxis hervorgegangene und in ihr erprobte Syſtem iſt es, deſſen Inhalt und Principien von der Zeit an, wo das Edict ausgewirkt hatte, ſpätere Acte und Conſtitutionen der Kaiſer, und namentlich Juſtinians mit geringen Modificationen und Zuſätzen endlich zum Civilrecht erhoben.

Die erſte Veranlaſſung für den Prätor, hier principaliter thätig zu werden, war folgende. Als vor der lex Poetelia nur die corpora hereditaria den Nachlaß ausmachten, blieb es dem Erben ſelbſt überlaſſeu, denſelben in Beſitz zu nehmen, da kein Dritter, Nichterbe irgend ein Recht oder Intereſſe an dem Nachlaß haben konnte. Beim teſtamentariſchen Nachlaß ſicherte den Inteſtaterben die zur Antretung im Teſtament vorgeſchriebene Friſt. Beim Inteſtatnachlaß hatten auch nicht einmal die entfernteren Inteſtaterben ein Intereſſe an der Antretung oder Nichtantretung des zuerſt Gerufenen, da überhaupt nur einmal gerufen wurde. Wenn der Gerufene hier den Beſitz nicht nahm, was übrigens nicht leicht geſchah, da derſelbe immer vortheilhaft ſein mußte, ſo konnte Jeder es thun und pro herede uſucapiren. Seitdem aber zufolge der lex Poetelia die bona für die Schulden hafteten, waren vor Allem die Gläubiger bei dem Schickſal des Nachlaſſes intereſſirt, und mußten wünſchen, daß entweder ein Erbe ſie nehmen und ihnen zahle, oder daß ſie ſelbſt eine immissio in bona bekämen. Und der Prätor ſah ſich verpflichtet, das Eine oder das Andere herbeizuführen. Die Colliſion entſchied er zuerſt nur durch edicta repentina dahin, daß demjenigen, der als Erbe, pro herede, den Nachlaß anſpreche, alle andern nachſtehen ſollten; ſehr billig, denn er gab jenem den Nachlaß nur mit der anfangs ohne Zweifel ausdrücklich zu übernehmenden Verbindlichkeit, daß er alle an dem Nachlaß haftenden Verbindlichkeiten erfülle. So ſicherte er die Gläubiger gegen Verſchleppung durch Unbeikommende und Minderberechtigte, welcher das eigne Intereſſe des Erben wehrte, und den Erben gegen eine leichtſinnige Verſchleuderung eines mehr als ſolventen Nachlaſſes durch die Gläubiger, die kein Intereſſe daran hatten, ein wie großer Reſt nach ihrer Befriedigung dem Erben verblieb.

Nachdem ſo durch decrta repentina bekannt und anerkannt war, daß an bona defuncti die Erben den erſten Rang in der possessio hätten, und erſt nach den Erben den Gläubigern der Beſitz angeboten werde, erklärte der Prätor im edictum annuum zum Voraus: Welchen Perſonen er dieſe bonorum possessio anbiete, mit beſtimmten Friſten, innerhalb welcher er die Meldung verlange.*) Ganz zu Anfang waren die Gerufenen nur die civilen Erben, und in der Folge, wie das Civilrecht ſie rief; aber da es dem Prätor vor allen Dingen daran lag, irgend einen Erben zu Gunſten der Gläubiger, sacra etc. zu finden, mit Hinzufügung der Modification des Civilrechts, daß auch, wenn ein vorſtehender da geweſen war und dieſer die Friſt verſäumt hatte, noch der nach ihm Berechtigte zugelaſſen wurde.

Wer nun von dieſem Recht der angebotenen Beſitznahme des Nachlaſſes als Erbe Gebrauch machen wollte, der mußte ſich nicht allein innerhalb der Friſt beim Prätor melden, ſondern auch beweiſen, daß er die Eigenſchaft der jetzt gerufenen Claſſe habe, d. i. agnoscere bonorum possessionem. In Folge der gehörigen Agnition ſtand ihm ein vom Prätor geſchaffenes Rechtsmittel, das interdictum adipiscendae possessionis, quorum bonorum auf Beſitzerlangung an dem Nachlaſſe zu gegen alle diejenigen, welche mit dem Vorgeben, Erben zu ſein, pro herede, oder ohne allen Rechtsgrund, pro possessore, pro praedone die Erbſchaft oder Erbſchaftsſachen beſaßen, auf Reſtitution dieſer. Die letztern, die nicht einmal ein

*) § 9 I. h. t. (3, 9). „**Liberis** itaque et **parentibus**, tam naturalibus quam adoptivis, in petenda bonorum possessione **anni spatium**, ceteris **centum dierum dedit**. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem **non** petierit, **ejusdem gradus personis accrescit**, vel si nemo sit deinceps, ceteris **perinde bonorum possessionem ex successorio edicto pollicetur**, ac si is, qui praecedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni praefinitum excesserit, exspectatur, sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur."

Recht vorgeben, müſſen unmittelbar deshalb mit Recht ſogleich herausgeben, aber eben ſo billig der, welcher ein Erbrecht nur vorgiebt, denn wenn er ein dem Agnoscirthabenden nachſtehendes Erbrecht hat, ſo darf ihm das nicht nützen; wenn er ein beſſeres behauptet, ſo hätte er ſich melden können, um im petitoriſchen Proceß Beklagter zu werden. Wegen ſeiner Verſäumniß der Agnition ſoll er nun den Beſitz herausgeben, und mit der hereditatis petitio petitoriſch als Kläger gegen den bonorum possessor auftreten.

Der Prätor offerirte alſo das interdictum quorum bonorum und die durch daſſelbe zu erlangende bonorum possessio nur ſolchen, die überhaupt ein Erbrecht haben konnten, und gab es Demjenigen oder den Mehreren, die nach Beweis ihrer Qualification für die in der Delation begriffene Claſſe zuerſt agnoscirt hatten, mit Ausſchließung der Nachſtehenden und derjenigen Vorſtehenden, welche die Agnition zur rechten Zeit verſäumt hatten.*)

Zuerſt waren die Gerufenen nur die civilen Erben. Allmählig aber erſchienen eine Menge von Perſonen, die nach dem Buchſtaben des Civilrechts zwar keine Erbqualification hatten, aber denen doch nach dem Geiſte des Civilrechts, nach des Prätors und aller Redlichen Meinen und Thun ein Erbrecht gebührte und zuſtand.**) Der Prätor trug alſo kein Bedenken, ſolche Perſonen in aller Beziehung zu behandeln, als wenn ſie Erben wären,***) fingere heredes, und gab

---

*) § 9 I. de bonor. poss. (3, 9) cit.

**) § 2 I. h. t. (3, 9). „Adhuc autem et alios complures gradus Praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum Praetor ex bono et aequo dilatavit.“

***) Ulp. XXVIII, 12. „Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.“

ihnen alſo gleichzeitig 1) gegen alle praedones oder ſolche, die ein Erbrecht prätendirten, und gar keines oder kein ſo gutes zu haben ſchienen, eine hereditatis petitio utilis, fictitia, auch possessoria*) genannt, und 2) gegen die Schuldner des defunctus mit vollſtändiger Wirkung actiones utiles, ſo wie auch den Gläubigern deſſelben actiones utiles gegen den fingirten Erben, wie gegen einen wirklichen heres.**) Das that der Prätor ſo gut, als wie er den Perſonen, die nach dem Buchſtaben des Civilrechts allerdings noch heredes waren, aber nach dem Geiſte des geltenden Rechts nicht mehr ſein durften, ihr Erbrecht unwirkſam machte. Den Namen, das nudum nomen heredis ließ er ihnen, wie dem dominus ex nudo jure Quiritium, den Erfolg vereitelte er ihnen.***) So hielt er es z. B. mit demjenigen, der in einem civiliter richtigen Teſtament eingeſetzt war, welches aber der prätoriſchen Vorſchrift nicht genügte. Was das Edict ſagt, iſt immer das wirklich geltende Recht. Wie der Prätor es aber in Beziehung auf Erbrecht mit einer Perſon meint, iſt daraus zu erſehen, ob er ihr irgend einen und welchen Platz er ihr in den ordines der bonorum possessio giebt.

1) Dort genannt ſein heißt: ein in der Praxis anerkanntes Erbrecht, und zu dieſem Behuf das interdictum quo-

---

*) L. 1. L. 2 D. de possessoria hereditatis petitione (5, 5) „Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est. 2. Per quam hereditatis petitionem tantumdem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.“

**) Gaj. IV, 34. „Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis: velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit, cum enim praetorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere dari sibi oportere; itaque ficto se herede intendit.“

***) Gaj. II, 119. 120.

rum bonorum und eine hereditatis petitio efficax, utilis haben, ſei dieſe directa, weil die Perſon auch civiliter heres iſt, oder nur fictitia utilis, possessoria, weil die Perſon allein durch das Edict zum Nachlaß gerufen iſt, und deshalb nur bonorum possessor hieß, denn heredes und hereditas kann der Prätor ſo wenig ſchaffen*) als ein dominium. Aber zu allen Zeiten hatte der, welcher bonorum possessor hieß, nicht bloß das poſſeſſoriſche Rechtsmittel quorum bonorum, ſondern als letzten Grund dieſes auch die petitoriſchen Rechtsmittel, die hereditatis petitio und, wenigſtens utiliter, die actiones hereditariae. Beides hat der, von dem es heißt, daß ihm praetor bonorum possessionem pollicetur. Denn in dem Namen bonorum possessio bedeutet possessio nicht „Beſitz" im Gegenſatz von „petitoriſchem Anſpruch," ſondern „naturales, prätoriſches Recht" im Gegenſatz von „civilem Recht, hereditas," wie in bonis esse nicht bloß ein „factiſches," ſondern ein „juriſtiſches" oder naturales Angehören bezeichnet. Wem hingegen die bonorum possessio nicht angeboten iſt, der hat effectiv Nichts; er hat das interdictum quorum bonorum nicht, weil es ihm nicht angeboten iſt, und die hereditatis petitio, die er nach dem Civilrecht etwa hat, nützt ihm nicht, weil durch jene Ausſchließung eben ausgedrückt iſt, daß ſie ihm nicht nützen ſolle. So oft alſo das neuere Civilrecht einer Perſon ein Erbrecht gab, ſo mußte das natürlich auch der Prätor anerkennen, und gab dies dadurch zu erkennen, daß er ihr eine Stelle in der bonorum possessio anwies.**)

---

*) § 2 I. de bonor. possess. (3, 9) cit.

**) § 7 I. h. t. (3, 9). „Novissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege vel Senatusconsulto, vel Constitutione comprehensum est; quam neque bonorum possessionibus, quae ab intestato veniunt, neque iis, quae ex testamento sunt, Praetor stabili jure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigit, accommodavit scilicet his, qui ex legibus, Senatusconsultis, Constitutionibusve Principum ex novo jure vel ex testamento, vel ab intestato veniunt."

2) Welchen Rang das Erbrecht eines überhaupt Gerufenen hat, iſt zu erſehen aus dem Platze, an welchem er gerufen iſt. Der in einer beſtimmten Claſſe, ordo, Gerufene nämlich geht allen denen vor, die nach ihm gerufen ſind, vorausgeſetzt, daß er wirklich die erforderliche Eigenſchaft der Claſſe hatte, deren bonorum possessio er agnoscirte; er ſteht denen nach, die vor ihm gerufen ſind.

Nur um das interdictum adipiscendae possessionis mit Erfolg gebrauchen zu können, bedarf es im ältern Recht, ſo lange das Edict beſteht, der ausdrücklichen agnitio bonorum possessionis, nicht aber für die Zuſtändigkeit der hereditatis petitio.*) Das gilt nicht bloß von dem, der auch civiliter heres iſt, ſondern ſpäter wenigſtens auch von dem rein prätoriſchen Erben, dem bonorum possessor, in Beziehung auf ſeine utilis hereditatis petitio.

Eben ſo umgekehrt giebt die agnitio nur das Interdict, und der Sieg mit dem Interdict giebt nur den Beſitz. Und ſo

*) Gaj. III, 34. „item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat, quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cujus principium est Quorum Bonorum, uti possit; cujus interdicti quae sit utilitas, suo loco proponemus; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili.“

Gaj. IV, 144. „Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cujus principium est „Quorum Bonorum,“ ejusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur. Pro herede autem possidere videtur tam is, qui heres est, quam is, qui putat, se heredem esse; pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse.“

kann es begegnen, daß demjenigen, der ſchon agnoscirt hat, und ſelbſt mit dem Interdict den Beſitz von einem Dritten erlangt hat, von einem Andern, ſelbſt einem Solchen, der nicht einmal agnoscirt hatte, mit der hereditatis petitio der Beſitz wieder abgenommen wurde, daß ihm ſeine bonorum possessio zu einer bonorum possessio sine re gemacht, die bona possessa ihm evincirt wurden. Dieſe Eviction gelang immer demjenigen, der im Sinne des Prätors, d. i. des practiſchen Rechts, das in dieſem Colliſionsfall beſte Erbrecht hat, ſowohl einem bonorum possessor gegen den heres, als dieſem gegen den Erſten. Manche Colliſionen zwiſchen heredes und reinen bonorum possessores waren hier, zu Zeiten wenigſtens, von ſo zweifelhafter Natur, daß nicht der Prätor, ſondern der Kaiſer*) ſie entſchied. Auf jener Möglichkeit der Eviction gründet ſich die Eintheilung der bonorum possessio in b. p. cum re und sine re.**)

---

*) Gaj. II, 119. 120. „Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti hereditatem pollicetur: (et) si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius, ita potuerunt scripti heredes retinere hereditatem; nam idem juris est, et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit. § 120. Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.“

**) Ulp. XXVIII, 13. Gaj. III, 35—37. „Ceterum saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is, cui data sit, non optineat hereditatem; quae bonorum possessio dicitur sine re. § 36. Nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos

Eine noch zu erwähnende Eintheilung der Neueren iſt die in bon. poss. necessaria und utilis. Necessaria nennt man die deferirte bonorum possessio einer beſtimmten Ordnung für die Perſonen, für welche ſie die einzige oder letzte Delation iſt, utilis für denjenigen, welcher noch in einer folgenden Claſſe gerufen iſt und agnosciren kann, weil er auch die Eigenſchaften dieſer hat.

Das prätoriſche Edict hat, wie das alte Civilrecht, eine teſtamentariſche und eine Inteſtatdelation, und in beiden Correcturen und Erweiterungen deſſelben. 1) Die teſtamentariſche Delation iſt a) contra tabulas bonorum possessio, welche denen angeboten wird, die ein vorhandenes äußerlich formgerechtes Teſtament wegen gewiſſer Fehler in der Scriptur anfechten möchten. b) secundum tabulas bonorum possessio, welche nach der erſtern dem in einem nach prätoriſchem Rechte richtigen Teſtamente Eingeſetzten angeboten wird. 2) Die intestati bonorum possessio iſt diejenige, welche dann, wenn gar kein oder kein prätoriſch richtiges Teſtament vorhanden iſt, denen angeboten wird, die der Prätor als Inteſtaterben betrachtet. *)

Der Gegenſatz von civilem und prätoriſchem Erbrecht, welcher im Weſentlichen dem des dominium ex jure Quiritium und des in bonis entſpricht, iſt, wie dieſer, materiell und formell erſt durch die Verordnungen Juſtinians verſchwunden, welcher ſchon durch verſchiedene Conſtitutionen vor der Compilation und mehr noch durch Novellen im Weſentlichen das prätoriſche Erbrecht, welches utiliter ſchon längſt gegolten hatte, durch ſeine

hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit. § 37. Idem juris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo jure; nam et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, cum evinci hereditas a filio herede possit. Et illud convenienter dicetur, si ad agnatum jure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem.“

*) § 3 I. h. t. (3, 9).

Sanction zum civilen und einzigen Erbrechtsſyſtem machte, und das alte inutile und iniquum jus civile auch dem Buchſtaben nach aufhob.

Für die beſtimmtere Wahrnehmung der Aenderungen, welche das Edict in die Erbfolge aller Ordnungen brachte, iſt es am angemeſſenſten, nach dem Beiſpiel der Römiſchen Juriſten, das reine alte civile Erbrecht dem prätoriſchen Erbrecht voranzuſchicken, und auf dieſes das beide vereinigende neuſte Civilrecht folgen zu laſſen.

Zweites Capitel.

Delation des Nachlaſſes.

I. Intestati hereditas.

A. Altes Civilrecht.

§ 6.

A. Erbfolge in den Nachlaß eines Ingenuus intestatus.

Das Geſetz der XII Tafeln rief hier in folgender Ordnung:

1) Die Sui et necessarii heredes, d. h. Alle, welche im Momente des gewiß inteſtirten Todes unmittelbar in der patria potestas ſtehen, ſo daß ſie durch den Tod des paterfamilias sui juris*) werden, ohne Unterſchied des Geſchlechts und des Grades der Verwandtſchaft, und ob ſie durch Geburt oder

*) Ulp. XXVI, 1. Gaj. III, 1—9. § 1. „Intestatorum hereditates lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent. § 2. Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerint, veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave; nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi; ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione; nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest; idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegimus.“

adoptio, arrogatio, conventio in manum Kindes=Recht bekommen. Sie erwerben den Nachlaß nach stirpes *) und ohne Antretungshandlung ipso jure durch den Tod, welcher das Hinderniß der wirkſamen Selbſtſtändigkeit hinwegnimmt; ihr Wille, für ſich das Vermögen zu haben, das ſie ſchon hatten, **) kann jetzt wirken, und daß ſie dieſen Willen hatten, verſtand ſich nach altem Recht von ſelbſt, da ein Nachlaß nur lucrativ ſein konnte. Seit der lex Poetelia aber konnte der Nachlaß wegen der daran haftenden Schuldenlaſt damnos ſein, und der Prätor mußte deshalb, da das Civilrecht ſelbſt die necessaria hereditas nicht aufhob, ihnen helfen durch das beneficium abstinendi, d. h. ſie können den ipso jure eintretenden Erwerb in allen Beziehungen ſo wirkungslos machen, als wenn ſie nicht Erben geworden wären. Von dieſer Rechtswohlthat können ſie Gebrauch machen, ſo lange ſie nicht ausdrücklich durch Erklärung oder pro herede gestio angetreten haben.

2) Agnatus proximus. Auf den Fall, daß keine sui da waren, wurde den nächſten Agnaten angeboten. ***) Mehrere gleich nahe concurriren und theilen in capita; †) ſie erwarben von jeher erſt durch freiwillige Antretung, da ſie im Moment des Todes noch nicht hatten. Die Agna=

*) Ulp. XXVI, 2. „Si defuncto sit filius, et ex altero filio mortuo jam nepos unus, vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita dividatur, sed in stirpes, id est, ut filius solus dimidiam partem habeat, et nepotes quotquot sunt alteram dimidiam; aequum est enim nepotes in patris sui locum succedere, et eam partem habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset.“

**) § 2 I. de heredum qualitate (2, 19).

***) Gaj. III, 9. „Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos.“ Ulp. XXVI, 2.

†) Ulp. XXVI, 4. „Agnatorum hereditates dividuntur in capita; velut si sit fratris filius, et alterius fratris duo pluresve liberi, quotquot sunt ab utraque parte personae, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant.“

tin ſollte in Folge ſpäterer unbekannter Geſetze nur erben, wenn ſie consanguinea*) war.

3) Gentiles. Auf den Fall, daß auch keine Agnaten da waren, deferirte an der dritten Stelle das Geſetz den Gentilen**) in gleicher Weiſe, wie den Agnaten; aber ſpäteſtens ſchon im Anfang der Kaiſerzeit wurden die Gentilen mit unter den erweiterten Begriff der Agnation geſtellt, und verſchwanden als beſondere Claſſe. Agnati ſind nicht mehr bloß diejenigen, die unter einer Gewalt neben einander wirklich geſtanden haben,***) ſondern auch die, welche unter einer Gewalt geſtanden hätten, wenn der Tod des gemeinſchaftlichen Stammvaters nicht dazwiſchen getreten wäre. Die älteſte†) Definition der agnati paßt nur für die Zeit, als noch keine adoptio und emancipatio bekannt war.

§ 7.

B. Erbfolge in den Nachlaß eines Libertus intestatus.

Auch der libertus wurde zuerſt von ſeinen suis, ganz wie der ingenuus, ipso jure beerbt. Wenn keinerlei sui da waren, ſo erbte ſtatt der Agnaten und Gentilen, welche ein

---

*) Ulp. XXVI, 6.

**) Gaj. III, 17. „Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat. qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus; et cum illic admonuerimus, totum gentilicium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco, de ea re curiosius tractare.“

***) L. 195 § 2 D. de V. S. (50, 16).

†) Ulp. XXVI, 1. Gaj. III, 10. „Vocantur autem agnati, qui legitima cognatione juncti sunt; legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas conjungitur; itaque qui eodem patre nati sunt fratres, agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur; nec requiritur, an etiam matrem eandem habuerint; item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est; eodem numero sunt fratres patrueles inter se, id est, qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant.“

libertus nicht haben kann, weil er in Niemandes väterlicher Gewalt war, der patronus und die patrona und deren Kinder. *)

§ 8.

B. Prätoriſches Recht, Intestati bonorum possessio.

Unter den Mängeln und Unbequemlichkeiten dieſes engen Rechts war einer der bedeutendſten, daß keine successio graduum und ordinum Statt fand, d. h. daß nicht, wenn einem Grade oder einer Claſſe erfolglos deferirt war, der folgenden deferirt wurde. **) Von den suis zu den Agnaten war zwar dieſelbe nach reinem Civilrecht nicht möglich und alſo auch nicht nöthig, da den suis als necessariis niemals erfolglos deferirt werden konnte. Zwiſchen Agnaten und Gentilen war successio graduum und ordinum an ſich wohl möglich, aber ſie wurde ausgeſchloſſen durch die ſtricte Interpretation, welche argumentirte, daß der inteſtirte Tod hier deferire, und dieſer geſchehe nur einmal in einem Moment und es gebe alſo nur einen proximus. Der Prätor interpretirte, daß allerdings der inteſtirte, aber der unbeerbte inteſtirte Tod deferire, alſo dauere die Delation, bis ſie wirkſam geworden. Theils alſo durch die successio graduum und ordinum, und mehr noch dadurch, daß er noch andere, die keine heredes waren, zur bonorum possessio ruft, ***) verhindert der Prätor, im Intereſſe der Gläubiger und entfernterer Erbberechtigter, die Erbloſigkeit, wie er durch die Friſten für die Agnition die Antretung beſchleunigt. †) Was die Perſonen

*) Ulp. XXVII, 1. „Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet; deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum, patronam, liberosve patroni.“

**) Ulp. XXVI, 5. „Quod si nemo eorum adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quoniam in legitimis hereditatibus successio non est.“ Gaj. III, 22.

***) Gaj. III, 18—25.

†) § 8 I. h. t. (3, 9). „Cum igitur plures species successionum

betrifft, denen der Prätor bonorum possessio gab, ſo handelte er durchaus im Geiſte des Civilrechts, trotz dem Schein des Gegentheils. Im Civilrecht war die Suität und Agnation das Fundament des Erbrechts; nach prätoriſchem Recht die Cognation. Das Weſentliche war aber im Sinne des Civilrechts die damals mit der Agnation immer verbundene Cognation. Als nun durch Emancipationen, Adoptionen, Arrogationen und fiduciariae coemtiones der Weiber die Agnation häufig vernichtet wurde, behielt der Prätor die dennoch bleibende Cognation als Fundament des Erbrechts, ſo weit nicht durch jene Geſchäfte, wie z. B. Adoption, eine neue Suität und descendentiſche Cognation erworben und dadurch die alte Suität und Kindſchaft unwirkſam wurde, weil Einer nur einen Vater haben kann. Die alte Seitenverwandtſchaft aber blieb wirkſam; denn mehrfache Seitenverwandtſchaft widerſpricht ſich nicht.*)

§ 9.

A. Ingenui intestati bonorum possessio.

Dieſe Veränderung der Verhältniſſe berückſichtigend, ruft der Prätor folgende vier Claſſen, ordines:

1) Unde liberi. In dieſer Claſſe ſind die sui heredes, oder gleichberechtigt neben ihnen diejenigen emancipati**) des

---

Praetor introduxisset, easque per ordinem disposuisst, et in unaquaque specie successionis saepe plures exstent dispari gradu personae, ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit."

*) Gaj. III, 27—31.

**) § 9 I. de hered., quae ab intestato (3. 1). „Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent; neque enim sui heredes sunt, quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed Praetor, naturali aequitate motus, dat iis bonorum possessionem Unde liberi, perinde

Erblaſſers, die zugleich ſeine gezeugten Kinder, naturales ſind, und wenn ſie nicht emancipirt wären, als sui geerbt haben würden. Der Prätor erſah aus der Praxis, daß kein Vater und keine Geſchwiſter die Emancipation als Enterbung betrachteten; denn die teſtirenden Väter pflegten die emancipati neben den suis in ihren Teſtamenten einzuſetzen und die ab intestato erbenden sui mit den emancipirten Geſchwiſtern freiwillig zu theilen und mit ihnen zugleich bonorum possessio zu erbitten. Alſo wenn einmal ein Vater den emancipatus nicht inſtituirte, und überhaupt nicht teſtirte, ſo verließ er ſich auf die Redlichkeit ſeiner sui und die Hülfe des Prätors; wollte er den emancipatus ausſchließen, ſo enterbte er ihn. Die sui müſſen, um das interdictum quorum bonorum zu erwerben, wie die emancipati agnosciren; denn es giebt keine necessaria bonorum possessio. Die Emancipirten, da ſie erben, als wären ſie sui, theilen auch, wie dieſe, in stirpes unter einander und mit den suis. Da aber die emancipati durch die emancipatio nur nicht verlieren, keineswegs aber gewinnen und die sui beeinträchtigen ſollen, ſo verordnet das edictum Salvianum de conjungendis cum emancipato liberis *) (ejus), daß bei der Theilung der emancipirte filius mit demjenigen suus nepos defuncti, welcher des emancipirten Sohnes Kind iſt, als eine stirps gilt.

2) Unde Legitimi. Das ſind alle Civilerben **) und nur die Civilerben, die hier grade ſo gerufen werden, wie

---

ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent, sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant." § 3 I. de bon. poss. (3, 9).

*) L. 3. 4. D. de conj. cum emancip. lib. (37, 8).

**) L. 1. L. 2 § 4 D. Unde legitimi (38, 7). „Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat, sive alia Lex Senatusveconsultum. Denique mater, quae ex Senatusconsulto venit Tertulliano, item qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt."

nach Civilrecht. Daher von den Agnatinnen nur die consanguinea; daher keine successio graduum.

3) Unde Cognati. Dieſer ordo iſt im Verhältniß zum Civilrecht rein ſuppletoriſch,*) indem er alle Cognaten und Cognatinnen des Erblaſſers bis zum ſechſten, und in einem Fall bis zum ſiebenten Grade, d. i. den und die sobrino sobrinave natus natave ruft.**) Cognaten ſind hier a) alle, welche durch natürliche, rechtsgültige***) Zeugung verbunden ſind, wenn ſie ſich auch durch emancipatio, adoptio und andere cap. dem. minimae in verſchiedenen Familien †) befinden. b) Aber auch die, welche bloß Agnaten zu einander und nicht durch natürliche Zeugung Cognaten ſind, gelten als Cognaten, ††) ſofern die Agnation noch dauert. Nur der nächſte Grad wird hier gerufen, und gleich nahe theilen in capita.

4) Unde vir et uxor. In Ermangelung aller vorgenannten Perſonen ſoll, ehe der Nachlaß bonum vacans wird, noch der überlebende Ehegatte zugelaſſen werden, wobei eine

---

*) L. 1 pr. D. unde cognati (38, 8). „Haec bonorum possessio nudam habet Praetoris indulgentiam, neque ex jure civili originem habet; nam eos invitat ad bonorum possessionem, qui jure civili ad successionem admitti non possunt, id est, cognatos.“ pr. I. de succ. cogn. (III, 5).

**) L. 1 § 3 D. unde cognati (38, 8.) „Haec autem bonorum possessio, quae ex hac parte Edicti datur, cognatorum gradus sex complectitur, et ex septimo duas personas, sobrino et sobrina natum et natam.“

***) L. 2 D. h. t. (38. 8); § 3 I. h. t. (III, 5).

†) § 2 I. h. t. (III, 5).

††) L. 1 § 4 D. h. t. (38, 8). „Evenit igitur, ut is, qui in adoptionem datus est, tam in familia naturalis patris jura cognationis retineat, quam in familia adoptiva nanciscatur; sed eorum tantum cognationem in familia adoptiva nanciscetur, quibus sit agnatus, in naturali autem omnium retinebit.“

gültige,*) noch im Moment des Todes beſtehende,**) freie Ehe vorausgeſetzt wird; denn die Frau in manu erbt als filia und kann als ſolche ſelbſt nicht beerbt werden.

Unter allen dieſen Claſſen gilt successio ordinum; successio graduum aber nur in der dritten, wo ſie auch allein möglich iſt.

§ 10.

B. Liberti intestati bonorum possessio.

1) Unde liberi. Dieſer ordo iſt, wie beim ingenuus, mit der Modification, daß nur die sui naturales hier excluſiv gerufen werden. Waren dieſelben non naturales, wie die adoptivi, uxor in manu, ſo hat neben ihnen der patronus eine bonorum possessio auf die Hälfte.***)

2) Unde legitimi. Alle Civilerben, alſo die sui, der Patron, deſſen Kinder. Jedoch bei der Beerbung des filius emancipatus ruft der Prätor den Patron als zweiten ordo nur, wenn es der parens war, d. i. wenn die emancipatio cum fiducia geſchehen war. Dem extraneus manumissor des ohne fiducia Emancipirten ſollten aber die zehn nächſten Cognaten bis zum zweiten Grade nach allen Seiten vorgehen, d. i. der ordo unde decem personae: pater, mater; avus, avia; filius, filia; nepos, neptis; frater, soror.

3) Unde cognati libertini.

---

*) L. un. pr. D. Unde vir et uxor. (38, 11). „Ut bonorum possessio peti possit Unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet.“

**) § 1 eod. „Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore; sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen jure durat matrimonium, haec successio locum non habet.“

***) Gaj. III, 41. „Si vero intestatus moriatur (libertus), suo herede relicto adoptivo filio, (vel) uxore, quae in manu ipsius esset, vel nuru, quae in manu filii ejus fuerit, datur aeque patrono adversus hos suos heredes partis dimidiae bonorum possessio.“

4) Unde familia patroni. Die Kinder und alle andern Agnaten des Patrons; oder patronus patrona patroni patronae, wo der Patron als ſelbſt Freigelaſſener an der Stelle der Agnaten nur den Patron haben kann.

5) Unde vir et uxor.

6) Unde cognati manumissoris. *)

§ 11.

Aenderungen des Civilerbrechts durch Scta. und Const. Princip. bis auf Juſtinians neuſte Verordnungen.

Nachdem das Edict ſeine legislative Thätigkeit den Senatusconſulten und Conſtitutionen der Kaiſer überantwortet hatte, wurden durch dieſe eine Menge einzelner, theils direct, theils indirect die Erbfolge ändernder Verfügungen erlaſſen, welche in der Tendenz zwar dem prätoriſchen Recht nicht zuwider waren, aber durch ihre Vereinzelung und Principloſigkeit die Menge von Colliſionen und Unbilligkeiten herbeiführten.

Solche Beſtimmungen waren z. B. 1) das Sct. Tertullianum, **) welches der Mutter, die bisher nur eine bonorum

---

*) § 3 I. de bonor. poss. (III, 10). „Et primo loco suis heredibus et iis, qui ex edicto Praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur Unde liberi. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat. Sunt autem decem personae hae: pater, mater; avus, avia; tam paterni quam materni; item filius, filia; nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei sunt, sive uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto Tum quem ex familia. Sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus. Septimo viro et uxori. Octavo cognatis manumissoris.

**) pr. § 1. 2. 3. I. de Sct. Tertulliano (III, 3). Ulp. XXVI, 8. „Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si jus liberorum habeat, ingenua trium, libertina quatuor, legitima heres fit ex senatusconsulto Tertulliano; si tamen ei filio neque suus heres sit, quive inter suos heredes ad bonorum pos-

possessio in der dritten Claſſe als Cognatin am Nachlaſſe ihrer Kinder gehabt hatte, ein civiles Erbrecht in der zweiten Claſſe gab. 2) Das Sct. Orphitianum*) unter Marc Aurel, welches die Söhne und Töchter, durch Interpretation ſpäterer Conſtitutionen auch die ferneren Deſcendenten**) vor allen andern als Civilerben erſten Grades zum Nachlaß der Mutter rief. 3) Eine wichtige Beſtimmung von Anaſtaſius war es, daß bei der emancipatio per rescriptum Principis die Agnation ſalvirt werden konnte. 4) Juſtinian beſtimmte, daß die Agnation ipso jure bleiben und immer fiducia fingirt werden ſolle, wodurch der ganze ordo unde decem personae ausfiel. 5) Auch beſtimmte er, daß die Mutter mit Geſchwiſtern concurriren, alle andern Collateralen ausſchließen ſolle. 6) Derſelbe hob den Unterſchied von consanguineis und uterinis auf. 7) Er verſetzte alle Agnatinnen, auch die nicht consanguineae, in den ordo unde legitimi.

§ 12.

C. Civile Erbfolge des neuſten Juſtinianiſchen Rechts nach der Novelle 118.

Die aus den angeführten und vielen anderen einzelnen Veränderungen, welche Colliſionen und Unbilligkeiten aufheben ſollten, immer neu entſtehenden Verwickelungen und Schwierigkeiten bewogen Juſtinian, durch ein neues umfaſſendes Geſetz das

---

sessionem a Practore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas, bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus. Quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere jubetur hereditas."

*) pr. I. de SCto Orphitiano (III, 4). „Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, Senatusconsulto Orphitiano, Orphito et Rufo Consulibus, effectum est, quod latum est Divi Marci temporibus; et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiam si alieno juri subjecti sunt, et praeferuntur consanguineis et agnatis defunctae matris."

**) § 1. 2. 3. I. h. t. (III, 4).

ganze alte Inteſtaterbrecht aufzuheben und ein neues vollſtändiges Syſtem und neue Principien an die Stelle zu ſetzen. Das Princip der alten Civilſucceſſion, die patria potestas und die Agnation, welches trotz der vielen Ausnahmen durch das Edict und das neuere Civilrecht doch als Princip noch beſtand, wurde als ſolches aufgehoben,*) mit der einzigen dem Geiſt des Juſtinianiſchen Rechts zuwiderlaufenden Ausnahme der necessaria hereditas der sui. Das Fundament der neuen Erbfolge wurde durchaus die Cognation, ſowohl die juriſtiſche, durch adoptio plena und arrogatio, als die natürliche, durch Zeugung entſtandene, welche, ſofern ſie eine Cognation mit dem Vater oder durch den Vater geben ſoll, eine eheliche ſein muß.

Die Erbfolge nach der Nov. 118, Nov. 127 c. 1 und anderen noch neben ihr geltenden Verordnungen iſt folgende:

Erſte Claſſe. Vor allen andern werden diejenigen Deſcendenten des Erblaſſers gerufen, welche unmittelbar in der herabſteigenden Cognation mit ihm ſtehen, d. h. ſo daß kein lebender Aſcendent derſelben zwiſchen ihnen und dem Erblaſſer ſteht. Der Enkel, der keinen Vater mehr am Leben hat, beerbt den jetzt ablebenden Großvater, neben deſſen Sohn, ſeinem Onkel. Es macht keinen Unterſchied, ob die Deſcendenten noch in der patria potestas oder früher emancipirt ſind; keinen Unterſchied, ob der Erblaſſer ein Mann oder ein Weib iſt. Aber auch der filiusfamilias wird in Rückſicht des peculium adventitium, castrense und quasicastrense in dieſer

*) Nov. 118 praef. c. 4. „Nullam vero differentiam esse volumus in qualibet successione aut hereditate inter masculos et feminas ad hereditatem vocatos, qui ut ex aequo ad hereditatem vocentur definivimus, sive per masculum, sive per feminam defuncto conjungantur, sed in omnibus successionibus agnatorum et cognatorum differentiam cessare volumus, sive propter femineam personam, sive propter emancipationem vel alium quemlibet modum in prioribus legibus tractata fuerit, omnesque sine ejusmodi differentia secundum cognationis suae gradum ad cognatorum ab intestato successionem venire jubemus.“

und in den übrigen Claſſen wie ein paterfamilias beerbt.*) Die Theilung unter mehreren Deſcendenten geſchieht in stirpes.**)

Zweite Klaſſe. Hier ſind überhaupt gerufen: 1) die nächſten Aſcendenten ohne Rückſicht auf Geſchlecht; 2) vollbürtige Geſchwiſter.***) 3) Vor dem Erblaſſer verſtorbener vollbürtiger Geſchwiſter Kinder.†) Es ſind hier folgende be-

---

*) Nov. 118 c. 1. „Itaque si descendentem habeat is, cujuscunque sexus aut gradus, sive ex masculorum, sive ex feminarum progenie descendat, et sive sui juris, sive sub potestate sit, ille omnibus ascendentibus, quique a latere sunt, cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, liberos tamen ejus cujuscunque sint sexus aut gradus, ipsis etiam parentibus, sub quorum potestate defunctus erat, praeferri jubemus, in illis scilicet rebus, quae secundum alias nostras leges parentibus non acquiruntur.“

**) Nov. 118 c. 1.

***) Nov. 118 c. 2. „Quare si defunctus descendentes heredes non reliquit, pater vero et mater aliique parentes ei superstites sunt, sancimus, ut hi omnibus ex latere cognatis praeferantur, exceptis solis fratribus defuncto ex utroque parente conjunctis, sicut in sequentibus declarabitur.“ Nov. 118 c. 2. „Si cum ascendentibus inveniantur fratres vel sorores defuncto per utrumque parentem conjuncti, cum ascendentibus gradu propinquioribus vocabuntur, licet pater aut mater sint, hereditate scilicet inter eos pro numero personarum dividenda, et quilibet ascendentium et fratrum aequalem partem habeat.“

†) Nov. 127 c. 1. „Haec igitur juste emendantes sancimus, si quis moriens reliquerit quendam ex ascendentibus, et fratres, qui cum parentibus vocari possint, alteriusque fratris praemortui liberos, ut cum ascendentibus et fratribus praedefuncti etiam fratris liberi vocentur, et tantam partem accipiant, quantam pater ipsorum accepturus fuisset, si viveret. Haec autem de illis fratrum liberis sancimus, quorum pater ex utroque parente defuncto junctus erat; et, ut brevi dicamus, quem locum illis dedimus, quando cum solis fratribus vocantur, eum quoque illos habere volumus, quando cum fratribus quidam ex ascendentibus ad hereditatem vocantur.“

ſondere Fälle der Concurrenz möglich: a) Es ſind allein Aſcendenten da, dann erben die nächſten, und gleich nahe theilen in lineas. b) Vollbürtige Geſchwiſter als alleinige Erben theilen in capita. c) Vorverſtorbener vollbürtiger Geſchwiſter Kinder, wenn ſie allein erben, theilen in capita. d) Concurrirende nächſte Aſcendenten und vollbürtige Geſchwiſter theilen in capita. e) In der Concurrenz von vollbürtigen Geſchwiſtern mit vorverſtorbener Geſchwiſter Kindern bekommen die erſtern capita, die letztern ſuccediren in stirpes, in die Portion, die der parens praedefunctus bekommen haben würde. f) Sind alle drei Arten der Erben neben einander da, ſo nehmen die Aſcendenten und Geſchwiſter Kopftheile, die Geſchwiſterkinder die Stammportion des verſtorbenen parens. g) In der Concurrenz von Aſcendenten und Geſchwiſterkindern werden die letzern von den erſtern gänzlich ausgeſchloſſen.

Dritte Klaſſe. Die halbbürtigen Geſchwiſter,*) und vorverſtorbener halbbürtiger Geſchwiſter Kinder. Sie concurriren und theilen, wie vollbürtige Geſchwiſter und vollbürtiger Geſchwiſter Kinder.

Vierte Klaſſe. Alle entfernteren Cognatiſchen Seitenverwandten nach der Nähe des Grades; gleich nahe theilen in capita.**)

Fünftens. In Ermangelung aller Verwandten erbt der überlebende Ehegatte, deſſen ehemalige bonorum pos-

---

*) Nov. 118 c. 3. „His vero non exstantibus in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno parente defuncto junguntur, sive per patrem solum, sive per matrem."

**) Nov. 118 c. 3 § 1. „Si vero defunctus neque fratres, neque fratrum liberos ut diximus, reliquerit, omnes ex latere cognatos ordine ad hereditatem vocamus secundum unius cujusque gradus praerogativam, ut propinquiores gradu reliquis praeponantur. Si multi ejusdem gradus inveniantur, pro numero personarum inter eos hereditas dividatur, id quod leges nostrae in capita appellant."

sessio im Juſtinianiſchen Recht als ein legitimes Erbrecht zu betrachten iſt.

Hiemit iſt die successio ordinum geſchloſſen. Außerordentlicher Weiſe aber ſoll unter anderen a) die arme, d. i. die nicht dotirte Wittwe ein beſchränktes Erbrecht neben allen Verwandten haben. Das Geſetz redet ſpeciell nur von der Concurrenz mit Kindern. In der Concurrenz mit dreien oder wenigeren bekommt ſie den vierten Theil, in Concurrenz mit mehreren einen Kopftheil; an dieſem aber Eigenthum und eigentliches Erbrecht nur dann, wenn die Kinder des Mannes nicht auch ihre eigenen leiblichen ſind; denn in dieſem Fall hat ſie nur den usufructus.*) b) Die Concubinenkinder mit der Concubine zuſammen beerben den Vater in Ermangelung ehelicher Kinder und der Ehefrau auf ein Sechstheil.**) c) Wer einen von ſeinen Inteſtat- oder Teſtamentserben vernachläſſigten Wahnſinnigen auf eigene Koſten verpflegt, ſoll mit Ausſchließung aller jener deſſen alleiniger Erbe ſein.***) d) Die von allen ordentlichen und außerordentlichen Inteſtaterben unangetretene Erbſchaft kann innerhalb 4 Jahren, nach deren Ablauf das Occupationsrecht für Jeden beginnt, der Fiscus mit dem Rechte eines Erben in Beſitz nehmen; er haftet aber nur bis zum Beſtand der Maſſe für die Schulden, als wenn er cum inventario angetreten hätte; bei dem Fiscus,†) welcher nicht unredlich ſein kann und deshalb des Inventars nicht bedarf, kann das Inventar fingirt werden.

§ 13.

Successio graduum und ordinum, die Erbportionen und das Accrescenzrecht.

1) Nach dem neuſten Civilrecht gilt durchaus successio ordinum und graduum, d. h. wenn einer Claſſe oder einem

---

*) Nov. 117 c. 5.

**) Nov. 18 c. 5. Nov. 89 c. 12.

***) Nov. 115 c. 3 § 12.

†) L. 1 C. de bonis vacantibus (10, 10).

Grade ohne Erfolg deferirt iſt, ſo wird, um Vacanz der Erbſchaft zu verhüten, der folgenden Claſſe oder dem folgenden Grade deferirt, welchem zuerſt deferirt ſein würde, wenn der, welchem zuerſt deferirt wurde, niemals da geweſen wäre.

2) Unter mehreren zugleich gerufenen Inteſtaterben gilt nach juriſtiſcher Nothwendigkeit der Univerſalſucceſſion und der juriſtiſchen Einheit des Nachlaſſes Accrescenzrecht, d. h. wenn von mehreren durch eine Delation zugleich gerufenen Erben Einer nicht zur Acquiſition kommt, ſo fällt die dadurch vacante Portion den Nachbleibenden ſo zu, als wenn ſie von Anfang an allein geweſen wären, und wird unter ihnen nach derſelben Regel vertheilt, nach welcher ſie überhaupt unter einander theilen.

a) Was dieſe Regel der Theilung überhaupt betrifft, ſo iſt es eine wichtige Frage, ob mehrere Erben nach derjenigen Norm zu theilen haben, die für die Art ihrer Concurrenz gilt, wie ſie im Moment der Delation war, oder wie ſie im Moment der Acquiſition iſt. Denn wenn z. B. Geſchwiſter mit Geſchwiſterkindern concurriren, ſo erben jene nach Köpfen, dieſe nach Stämmen, wenn aber Geſchwiſterkinder alleine ſind, ſo theilen ſie nach Köpfen. Wenn nun bei der Delation Geſchwiſter neben Geſchwiſterkindern waren, bei der Acquiſition nur noch Geſchwiſterkinder da ſind, ſo fragt ſich, ob dieſe nach Stämmen oder nach Köpfen theilen. Es muß entſchieden werden, daß ſie nach Köpfen theilen, daß es überhaupt auf die Norm ankommt, welche für die Concurrenz gilt, wie ſie zur Zeit der Acquiſition iſt. Denn jede Delation iſt eventuelle Delation des Ganzen an jeden Einzelnen, ohne alle beſtimmte Quote. Die Nothwendigkeit der Theilung und die Frage nach der Norm der Theilung entſteht erſt, wenn die Delation durch Acquiſition mehrerer Erben wirkſam werden ſoll.

b) Es ſcheint, daß zwiſchen der successio gradus und dem jus accrescendi Colliſion eintreten könnte; denn wenn von mehreren zugleich Gerufenen Einer wegfällt, ſo könnte gezweifelt werden, ob die dadurch vacante Portion nach Accrescenzrecht an den nachbleibenden coheres, oder nach dem Rechte

der Gradualſucceſſion an denjenigen dem Ausfallenden folgenden Grad fallen müſſe, welcher von Anfang an gerufen ſein würde, wenn der nun Ausfallende von Anfang an nicht da geweſen wäre. Aber das Richtige iſt, daß immer der nachbleibende coheres jure accrescendi die durch den Ausfall ſeines coheres vacante Portion behält; denn successio gradus tritt nicht ein, um dem folgenden Grade zur Erbſchaft zu verhelfen, ſo wenig wie das Accrescenzrecht da iſt, um dem, der wirklich erbt, ſein Erbtheil zu vergrößern, ſondern um die Erbſchaft vor Vacanz zu bewahren, wo ohne ſie Vacanz ſein würde. Vacanz iſt aber erſt, wenn von allen Gerufenen keiner mehr vorhanden iſt; denn ſo lange noch die einmal geſchehene Delation an Einem fortdauert, ſo iſt ihm noch Alles deferirt; denn jede Delation geht als ſolche auf das ungetheilte Ganze, und der von mehreren Gerufenen allein zur Acquiſition des Ganzen Gelangende erwirbt nicht ſo ſehr, als daß er nicht verliert, ihm accrescirt nicht, ſondern ihm decrescirt nicht.

II. Delation des Nachlaſſes durch Teſtament und andere letztwillige Dispoſitionen.

§ 14.

Begriff des Teſtaments.

Die durch das älteſte Römiſche Privatrecht überlieferte, von den XII Tafeln ſancionirte Befugniß *) der freien letztwilligen Verfügung erhielt ſich, wenn auch mit Modificationen, doch als Princip bis ins neuſte Recht. Das ältere Recht kannte keine andere Art der ultima voluntas, als das ſpäter ſogenannte testamentum, zu welchem am Ende der Republik eine von demſelben weſentlich verſchiedene Art der letztwilligen Verfügung, der Codicillus, kam; denn bei aller Aehnlichkeit beider im Erfolge bleibt juriſtiſch der Unterſchied, daß jeder Codicill, möge er nun eine Singular- oder Univerſalſucceſſion disponiren,

---

*) Vgl. § 16 pag. 118. 119.

immer nur eine ſecundäre, durch Daſein und Antretung eines heres directus s. ab intestato s. ex testamento vermittelte, Succeſſion herbeiführt. Der dem Teſtamente weſentliche und ihm allein eigenthümliche Inhalt iſt, daß der Erblaſſer ſich ſelbſt einen heres directus, einen die geſetzliche hereditas ausſchließenden directen Univerſalſucceſſor ernennt, wozu ſich denn vielerlei Unweſentliches geſellen kann. Trotz der materiellen Freiheit der Dispoſition, die freilich ſpäter auch beſchränkt wurde, waren bei dieſem Geſchäfte zu allen Zeiten gewiſſe Solennien der Form weſentliches Beſtandtheil deſſelben. Es muß deshalb beſonders von der Form des Teſtaments, von ſeinem weſentlichen und unweſentlichen Inhalt und im Anhang von den letztwilligen Verfügungen durch Codicill gehandelt werden.

A. Form des Teſtaments.

§ 15.

A. Alte civile Form.

Die urſprüngliche rein mündliche Form des Teſtirens, per aes et libram, nach welcher der Teſtator dem Erwerber des Nachlaſſes, dem familiae emtor, durch ſeine mündliche nuncupatio den Nachlaß mit den von ihm beliebten Modificationen antrug, und dieſer ausdrücklich durch ſeine lex erklärte, wenn er annehme, ſo annehmen zu wollen, wie ihm angeboten, dieſe Form, welche vielleicht noch Jahrhunderte nach den XII Tafeln in ausſchließlicher Uebung blieb, erwies ſich, ſeitdem der Inhalt der Dispoſition mannigfaltiger, verwickelter und im Sinne des Teſtators ein geheimer war, bald als ungenügend. Es konnte Bedenken haben, dem Gedächtniß und der Verſchwiegenheit der Zeugen zu trauen. Als demnach die Frage entſtand, ob man den letzten Willen nicht wirkſam dem dauerhafteren und verſchwiegeneren Zeugniß der Schrift anvertrauen könne, ſiegte leicht die Meinung der vorſichtigeren Juriſten, welche entſchieden, daß, da das Geſetz in den Worten: „uti legassit, ita jus esto.“ nur die mündliche nuncupatio per aes et libram ſancionire, wohl eine Schrift für ſich allein nicht

nützen könne, daß aber, da die Schrift nirgens verboten sei, ſie auch neben der nuncupatio und mancipatio per aes et libram nicht ſchaden könne.

Dieſer Entſcheidung gemäß wurde die übliche Teſtirform die, daß man ſeinen letzten Willen aufſchrieb, auf tabulae brachte, und dieſe Schrift durch die geſetzliche Form ſolennifirte. Der Teſtator nämlich ſprach unter Anwendung eines imaginären familiae emtor, eines libripens, Zeugen und aes und libra, mit der Schrift in der Hand, die zu einer überall anwendbaren Formel gemachte nuncupatio: „Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, (tautologiſch), itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibitote.“ *) Die unmittelbare Einſicht oder die nächſte Erfahrung

---

*) Gaj. II, 101—104. „Sed illa quidem duo genera testamentorum (in comitiis calatis und in procinctu) in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est; sane nunc aliter ordinatur, atque olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur. § 104. Eaque res ita agitur: qui facit, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam, in qua re his verbis familiae emptor utitur: „Familiam pecuniamve tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adjiciunt, aeneaque libra, esto mihi empta.“ deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: „Haec ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio; nuncupare est enim palam nomi-

führte aber zu der Erkenntniß, daß wenn dieſe combinirte Form, die es civiliter gewiß machte, Daß teſtirt worden ſei, auch Gewißheit geben ſolle, Wie und Was verfügt ſei, die tabulae testamenti mit Zeichen und Siegeln verſehen werden müßten, an welchen ſpäter die Zeugen die Identität der vom Teſtator ſolenniſirten tabulae, deren Inhalt ſie nicht erfuhren, recognosciren könnten; und die Beſiegelung der tabulae durch die Anweſenden wurde allgemeine Sitte.

§ 16.

B. Die prätoriſche Teſtamentsform, und die bonorum possessio secundum tabulas.

Der Prätor begünſtigte die neue ſchriftliche Form in dem Grade, daß er, wiewohl vielleicht ſchon bonorum possessio aus Teſtamenten gegeben war, bevor ſie geſchrieben wurden, bald edicirte, nur aus einem geſchriebenen Teſtament bonorum possessio geben zu wollen. Mit Nichtachtung alles Deſſen, was die ſcrupuloſe Sitte der Sicherheit wegen von der alt-civilen Form beibehielt, beſtand er darauf, daß die Schrift durch die bei der Teſtamentserrichtung Anweſenden gehörig bezeichnet ſein ſollte, er forderte tabulae septem signis signatae.*) Wo dieſe fehlten, waren ihm die civilen Solennien nichts; er deferirte trotz eines ſolchen rein civilen Teſtaments bonorum possessio ab intestato; waren aber tabulae septem signis signatae vorhanden, fragte er nicht nach dem civilen Ritus der nuncupatio und mancipatio, ſondern

nare; et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare."

*) § 2 I. de testament. ordinandis (2, 10). „Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur; postea vero ex edicto Praetoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure enim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, quum jure civili signa testium non erant necessaria."

gab bonorum possessio secundum tabulas, d. i. das interdictum quorum bonorum und eine hereditatis petitio utilis und actiones hereditariae fictitiae. Dennoch blieb es bis in die claſſiſche Zeit wohl allgemeine Sitte, neben der Schrift mit 7 Siegeln auch die vollſtändige Civilform anzuwenden.

Als im Anfang der Kaiſerzeit, wo Jemand allein prätoriſch und gar nicht oder nicht vollſtändig civiliter teſtirt hatte, der civile Inteſtaterbe die aus ſolchem Teſtament gegebene bonorum possessio secundum tabulas durch ſeine hereditatis petitio ab intestato zu einer sine re machen wollte, gab der Kaiſer dem heres scriptus die exceptio doli, welche der Prätor ſich in dieſem Fall vielleicht nicht zu geben getraute, da es gegen den Inteſtaterben ging, der an ſich ein gutes, in der Regel auch vom Prätor anerkanntes Recht hat, das er ſich mit Recht nur entwinden läßt, wenn ihm alle Erforderniſſe eines gehörigen Teſtaments nachgewieſen werden. Genug, durch Kaiſerliches Reſcript wurde beſtätigt, daß ſelbſt die civile hereditatis petitio ab intestato der bonorum possessio sec. tabul. aus einem rein prätoriſchen Teſtament weichen müſſe.*) Entweder ſchon vorher auf eigne Hand oder erſt nachher, unterſtützt durch die kaiſerliche Auctorität, ſchützte der Prätor ſolchen bonorum possessor gegen die heredes scripti in einem rein civilen Teſtament, mochte dieſes nun älter oder jünger ſein, als das prätoriſche; denn im Sinne des Edicts iſt ein mere civiles Teſtament ein inutile, wie im Sinne des Civilrechts das rein prätoriſche ein nullum testamentum.**)

Obgleich es alſo von der claſſiſchen Zeit an ſicheres Recht war, daß nur die prätoriſche Form wirkſam, die alte civile aber unwirkſam ſei, ſo blieb die letztere auch von da an dennoch in Uebung. Der Kaiſer Theodoſius II. endlich, der an dieſer Stelle Juſtinian zuvorkam, machte, im Weſentlichen auf den Grund der prätoriſchen, zwei neue civile pri-

*) Gaj. II, 119. 120. 121 cit.

**) Gaj. II, 148. 149.

vate Teſtamentsformen, eine ſchriftliche*) und eine mündliche.**) Dieſe Theodoſiſche Verordnung, welche übrigens für den Occident das testamentum per aes et libram noch nicht vertilgt zu haben ſcheint, liegt neben andern deſſelben Kaiſers mit geringen Modificationen nach Juſtinians neueſten Geſetzen über die Teſtamentsform zum Grunde.

§ 17.

C. Neuſte civile Teſtamentsform.

Im Juſtinianiſchen Recht ſind zu unterſcheiden:

A. Die ordentliche oder gemeine Teſtamentsform, welche wieder eine private oder öffentliche ſein kann.

1) Die private Form kann wieder entweder eine ſchriftliche oder mündliche ſein. Für beide Arten iſt zu beobachten, daß der Teſtator vor 7 fähigen Zeugen, die er beſonders zur Bezeugung ſeines Teſtaments aufgefordert haben muß

---

*) L. 21 pr. C. de testamentis (6, 23). „Impp. Theodosius et Valentinianus A. A. Florentio P. P. — Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt, quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cujuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus, septem numero, civibus romanis puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento.“

**) L. 21 § 2 C. h. t. (6, 23). „Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis, audierint.“

(septem testes rogati), und welche alle zugleich unmittelbar gegenwärtig (in conspectu testatoris) ſein müſſen, in einem ununterbrochenen Zuſammenhang ſeinen Willen erkläre, und alles zum Errichtungsacte Erforderliche ohne Unterbrechung vollende (unitas actus). *)

a) Für das ſchriftliche iſt beſonders erforderlich, daß der Teſtator in Gegenwart der Zeugen erkläre, daß dieſe Schrift ſeinen letzten Willen enthalte, daß alle 7 Zeugen durch ihre Unterſchrift und Siegel ihr Zeugniß ſichern, daß der Teſtator, wenn er nicht etwa das Teſtament ſelbſt eigenhändig geſchrieben, und ſo gethan zu haben im Teſtament ſelbſt bezeugt, ſelbſt unterſchreibe, oder, wenn er nicht ſchreiben kann, ein Achter (octavus subscriptor) für ihn. **)

b) Das Weſen des mündlichen Teſtaments iſt, daß den in obiger Weiſe gegenwärtigen Zeugen der Inhalt der Verfügung in einer ihnen verſtändlichen Sprache kund gethan werde. ***) Zur Sicherung kann daneben aber auch eine ſchriftliche Aufzeichnung Statt finden (ſ. g. testamentum nuncupativum in scripturam redactum).

2) Unter öffentlicher Beglaubigung kann a) ſo teſtirt werden, daß die den letzten Willen enthaltende Schrift dem kaiſerlichen Archiv übergeben wird. b) ſo, daß bei irgend einem Gerichte die Verfügung zu Protocoll gegeben wird†).

---

*) L. 21 pr. C. de testam. (6, 23) cit.

**) L. 21 pr. C. h. t. (6, 23) cit.

***) L. 21 § 2 C. h. t. (6, 23) cit.

†) L. 19 C. h. t. (6, 23). Impp. Honorius et Theodosius A. A. Joanni P. P. — „Omnium testamentorum solemnitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet. Sicut igitur securus erit, qui actis cujuscunque judicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium, ita nec de ejus unquam successione tractabitur, qui nobis mediis, et toto jure, quod nostris est scriniis constitutum, teste succedit.“

B. Außerordentlicher Weiſe ſind die gewöhnlichen Beglaubigungserforderniſſe gemehrt oder gemindert. Das Erſte iſt der Fall beim Teſtamente eines Blinden*) und desjenigen Taubſtummen,**) welcher überhaupt teſtiren kann, d. i. desjenigen, der nicht taubſtumm geboren iſt. Verminderung oder gänzlicher Erlaß der Formalitäten iſt bei den Teſtamenten der Soldaten,***) dem Teſtamente, welches auf dem Lande †) (test. ruri conditum) oder zur Zeit einer anſteckenden Krankheit ††) errichtet wird (test. tempore pestis conditum), und bei dem Teſtamente, in welchem Aſcendenten ihre Deſcendenten einſetzen, †††) ſog. testamentum parentum inter liberos.

Alle vorgeſchriebenen Solennien der äußern Form ſind auch noch im neueſten Recht für die Rechtsbeſtändigkeit des Teſtaments abſolut weſentlich. ††††) Dieſelben haben insgeſammt den Zweck ſowohl 1) Daß teſtirt werden ſollte als 2) Was beſtimmt werden ſollte, auf eine ſchlechthin allgemein gültige Weiſe ſicher erkennbar zu machen. Daher darf niemals durch eine Beurtheilung in concreto von jenen Erforderniſſen etwas erlaſſen oder ſupplirt werden. Grade die Billigkeit fordert hier im Intereſſe aller Theile, daß durchaus strictum jus gelte, damit des Streites und Zweifels, der ſonſt kein Ende haben würde, kein Anfang ſei.

---

*) L. 8 C. Qui testamenta facere (6, 22).

**) L. 10 C. h. t. (6, 22).

***) Gaj. II, 109. J. II, 11.

†) L. 31 C. de testamentis (6, 23).

††) L. 8 C. de testamentis (6, 23).

†††) L. 21 § 1 C. de testamentis (6, 23). Nov. 107 c. 1.

††††) L. 9 C. de testamentis (6, 23). „Si non speciali privilegio patriae tuae juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet.“

L. 12 C. de testamentis (6, 23). „Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, jure deficit testamentum.

Zu den abſoluten Erforderniſſen gehört namentlich auch die Zeugnißfähigkeit aller Zeugen im Augenblick der Teſtamentserrichtung. Außer den phyſiſch Unfähigen, den Wahnſinnigen, Tauben, Stummen, Blinden verwirft das Geſetz als Verdächtige: die intestabiles, Verſchwender, Weiber, *) diejenigen Perſonen, welche in des Teſtators oder des Erben väterlicher Gewalt oder mit ihm in derſelben Gewalt ſtehen, oder ihn in der Gewalt haben, **) und vor allen den eingeſetzten Erben ſelbſt. Dahin gehört auch die Vorſchrift des Sct. Libonianum, ***) nach welcher eine teſtamentariſche Verfügung, welche der Honorirte ſelbſt oder ein ſeiner Gewalt unterworfenes Individuum geſchrieben, ungültig iſt.

§ 18.

Von der Befugniß, ein Teſtament zu machen.

Die Befugniß, ein Teſtament zu machen, fällt keineswegs mit der Fähigkeit, ab intestato beerbt zu werden, zuſammen. Römiſch teſtiren konnte zu allen Zeiten nur, wer römiſches

---

*) § 6 I. de testam. ordinand. (II, 10). „Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numero testium adhiberi.“

**) Ulp. XX, 3—6.
Gaj. II, 105—108.
L. 27 D. qui test. fac. (28, 1). „Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, quum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque quum tabulas scripsisset, signaverit? Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Aut non intelligo, quid sit, de quo me consulis, aut valide stulta est consultatio tua; plus enim quam ridiculum est, dubitare, an aliquis jure testis adhibitus sit, quoniam idem et tabulas testamenti scripserit.“

***) L 6. L. 15 pr. D. de lege Cornel. de falsis (48, 10).

commercium hatte; denn ein Beſtandtheil dieſes iſt die testamenti factio, welche im weitern Sinn die Fähigkeit bezeichnet, an einer Teſtamentserrichtung Antheil zu nehmen, als testator, testis, familiae emptor, heres. Die volle testamenti factio hat derjenige, quocum est testamenti factio und qui testamentum facere potest. Wer die letztere hat, hat auch die erſtere; nicht aber umgekehrt. Man nennt nicht unbequem jene die paſſive, dieſe die active testamenti factio.

Aber auch unter denen, welche commercium haben, entbehren einige der activen testamenti factio. Dahin gehören: die lege intestabiles, wie Apoſtaten, Ketzer, zum Tode Verurtheilte, die prodigi; die furiosi, ausgenommen in lichten Zwiſchenräumen; die gebornen Taubſtummen; die Unmündigen, welche ſelbſt nicht tutore auctore teſtiren dürfen. *) Der Minderjährige hingegen kann ohne curator teſtiren, denn er kann durch das Teſtament nicht ſich ſelbſt lädiren. Vollkommen fähig ſind ferner im neuſten Recht die Weiber, welche ehemals gar nicht und ſpäter nur unter auctoritas ihres Tutors teſtiren konnten. **) Der filiusfamilias kann über das peculium

---

*) Ulp. XX, 12—14. „Impubes, licet sui juris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum judicium animi habet. 13. Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt; mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest; furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de sua re possit; prodigus, quoniam commercio illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest. 14. Latinus Junianus, item is, qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest. Latinus quidem, quoniam nominatim lege Junia prohibitus est; is autem, qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur.“

**) Ulp. XX, 15. Gaj. II, 118.

castrense und quasi castrense, nicht über das adventitium teſtiren.*)

Die Fähigkeit zu teſtiren muß im Moment der Teſtamentserrichtung vorhanden ſein, denn ſonſt iſt das Teſtament null, und von da an bis zum Moment des Todes ununterbrochen, ſonſt wird das Teſtament null; denn kein civiles Geſchäft kann fortbeſtehen, wenn es in die Verhältniſſe geräth, unter denen es nicht hätte entſtehen können. Wenn alſo der Teſtator in feindliche Gefangenſchaft gerieth, ſo wurde das vorher errichtete Teſtament null; kehrte er aber zurück, ſo wurde es jure postliminii wieder gültig; ſtarb er in der Gefangenſchaft, ſo wurde nach der lex Cornelia fingirt, er ſei im Moment der Gefangennehmung noch als Freier geſtorben, und das Teſtament blieb gültig.**)

B. Inhalt des Teſtaments.

§ 19.

A. Weſentlicher Inhalt, die Erbeseinſetzung, Heredis institutio.

Der durchaus und allein weſentliche Inhalt, ohne welchen ein Teſtament nicht beſteht und mit welchem es vollkommen beſtehen kann, iſt die heredis institutio,***) Einſetzung eines directen Univerſalſucceſſors.

1) Als heres inſtituirt werden kann, wer überhaupt und im Verhältniß zu dem beſtimmten Teſtator testa-

---

*) pr. I. quibus non est permissum facere test. (II, 12). „Praeter hos igitur, qui castrense vel quasi castrense peculium habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.“

**) § 5 I. h. t. (II, 12). „Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit; sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.“

***) Gaj. II, 116. § 34 I. de legatis (II, 20).

menti factio hat.*) Die testamenti factio überhaupt haben alle, welche commercium haben, inſofern ſie ihnen nicht entweder, wie z. B. den Söhnen der Hochverräther, oder der das Trauerjahr verletzenden Wittwe,**) zur Strafe genommen iſt, oder wie z. B. den Latinis Junianis ſingulärer Weiſe fehlt. Doch iſt die Einſetzung eines Latinus Junianus nicht null und nicht unbedingt unwirkſam, ſondern wenn er zur Zeit der Delation civis iſt, wird ſie wirkſam, denn die lex Junia ſagt nur, der Latinus ſolle nicht capere ex testamento.***) Relativer Mangel der testamenti factio tritt z. B. ein bei der zweiten Ehe für den zweiten Ehegatten.****) Ferner die Concubine und die Concubinenkinder können in dem Teſtament des Concumbenten, wenn er eheliche Kinder und pflichttheilsberechtigte Aſcendenten hinterläßt, zuſammen nur auf $\frac{1}{12}$ eingeſetzt werden.†)

2) Der Inſtituirte darf keine incerta persona ſein.††) Dahin wurden im älteſten Rechte auch die postumi, die zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch nicht Gebornen gerechnet. Im neuern und ſchon im claſſiſchen Recht können ſie vollwirkſam eingeſetzt werden, immer aber iſt für die Gültigkeit ihrer Einſetzung nothwendig, daß ſie zur Zeit des Todes des Teſtators ſchon concipirt waren.†††) Auch die ju-

---

*) Ulp. XXII, 1. „Heredes institui possunt, qui testamenti factionem cum testatore habent.“

**) L. 1 C. de secundis nupt. (5, 9). Vgl. § 20 pag. 597.

***) Ulp. XXII, 3. „Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore, vel intra diem cretionis, civis Romanus sit, heres esse potest. Quod si Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur.“

****) L. 6 pr. C. de secund. nupt. (5, 9). Vgl. § 20 pag. 597.

†) Nov. 89 c. 12.

††) Ulp. XXII, 4. „Incerta persona institui heres non potest, velut hoc modo: „Quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto,“ quoniam certum consilium debet esse testantis.“

†††) L. 3 D. de bonor. poss. secund. tabul. (37, 11). „Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero

riſtiſchen Perſonen waren als incertae personae in der Regel unfähig. *)

3) Wenn zur Erbeseinſetzung commercium gehört, und dennoch Sclaven eingeſetzt werden können, ſo folgt daraus, daß hier der Eingeſetzte entweder nicht der Sclave ſelbſt **) iſt, oder wenn er es ſelbſt iſt, er es nicht als Sclave iſt, obgleich doch jede Inſtitution an dem Individuum haftet. Die möglichen Hauptfälle ſind folgende: 1) Wenn ein fremder Sclave eingeſetzt iſt, und a) derſelbe zur Zeit der Delation noch Sclave iſt, ſo acquirirt oder repudiirt er jussu domini, d. i. des Herrn zur Zeit der Delation. b) Iſt er frei zur Zeit der Delation, ſo erwirbt er suo arbitrio, für ſich ſelbſt. 2) Wenn ein eigner Sclave des Teſtators eingeſetzt iſt, und a) in dieſem Teſtamente freigelaſſen iſt, ſo erwirbt er ipso jure als necessarius heres ohne beneficium abstinendi; Freiheit und Erbſchaft ſind untrennbar. b) War er ſchon vor dem Tode des Teſtators freigelaſſen, ſo erwirbt er suo arbitrio. c) War er inſtituirt, ohne in dieſem Teſtamente freigelaſſen zu ſein, ſo war die Inſtitution nach altem Recht null; ***) nach neuerm Recht wird die Freilaſſung ſubintelligirt.

---

fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse."

*) Ulp. XXII, 5. 6. L. 1 C. de sacrosanct. eccles. (I, 2).

**) Ulp. XXII, 9. 11. „Alienos servos heredes instituere possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus."

***) Ulp. XXII, 11. 12. 13. „Proprius servus cum libertate heres institutus, si quidem in eadem causa permanserit, ex testamento liber et heres fit, id est, necessarius. 12. Quod si ab ipso testatore vivente manumissus, vel alienatus sit, suo arbitrio, vel jussu emptoris, hereditatem adire potest. Sed si sine libertate sit institutus, omnino non consistit institutio. 13. Alienus servus heres institutus, siquidem in ea causa permanserit, jussu domini debet hereditatem adire. Quod si vivo testatore manumissus, aut alienatus a domino fuerit, aut suo arbitrio, aut jussu emtoris, poterit adire hereditatem."

4) Damit eine Inſtitution gültig ſei, muß die Inſtitutionsfähigkeit des Inſtitutus im Moment der Teſtamentserrichtung da geweſen ſein; damit ſie wirkſam werde, muß außer der, auch im Moment der Delation und von da an ununterbrochen bis zur Acquiſition erforderlichen Inſtitutionsfähigkeit, zur Zeit der Acquiſition auch die Fähigkeit zu erwerben da ſein. *)

5) Was die Form der Inſtitution betrifft, ſo forderte das alte Recht verba imperativa, das ſind in ſeinem Sinne aber nur beſtimmte, bündige Worte, wie ſie damals allenthalben gebraucht wurden. Die verba imperativa im vorzüglichen Sinn hat das neuere Recht erlaſſen, aber verba expressa ſind auch da noch erforderlich. **)

Gaj. II, § 152—154. „Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. § 153. Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus; ideo sic appellatus, quia sive velit, sive nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est. § 154. Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo, aut secundo, vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius hujus heredis, quam ipsius testatoris bona veneant, id est, ut ignominia, quae accedit ex venditione bonorum, hunc potius heredem, quam testatorem contingat.“

*) L. 49 § 7. L. 50 pr. D. de heredib. instituend. (28, 5). Ulp. XXII, 3 cit.

**) Ulp. XXI, 1. „Heres institui recte potest his verbis: „Titius heres esto; Titius heres sit; Titium heredem esse jubeo.“ Illa autem institutio: „Heredem instituo; heredem facio;“ plerisque improbata est.“ L. 15 C. de testamentis (6, 23). „Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis. Nec enim interest, si dicatur: „heredem facio,“ vel „instituo,“ vel „volo,“ vel „mando,“ vel „cupio,“ vel „esto,“ vel „erit,“ sed quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi

6) Was den ordo scripturae, die Stelle der Inſtitution im Teſtament betrifft, ſo mußte ehemals das Teſtament mit der heredis institutio anfangen; auch darauf ſoll im neuern Recht nichts mehr ankommen.*) Die ſcrupulöſe Subtilität der Juriſten machte es zur Obſervanz, daß noch vor der heredis institutio alle, oder wenigſtens einige der durch das Geſetz gerufenen Inteſtaterben ausdrücklich, verbis expressis et imperativis exheredes geſchrieben wurden;**) denn man urtheilte, was den geſetzlichen Erben durch ausdrücklichen Befehl des Geſetzes gegeben ſei, könne der Teſtator ihnen auch nur durch ausdrücklichen Befehl, nicht durch ſtillſchweigende Ausſchließung nehmen. Selbſt bis ins claſſiſche Recht erhielt ſich in Beziehung auf die noch beſonders qualificirten sui heredes***) dieſe Obſervanz, nachdem ſie für die übrigen geſetzlichen Erben außer Gebrauch gekommen war.

---

genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio."

*) L. 34 I. de legatis (2, 20). „Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, ordinem quidem scripturae sequi, quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum, sperni autem testatoris voluntatem; per nostram Constitutionem (deperd.) et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredis institutionem, et inter medias heredum institutiones legatum relinquere, et multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est."

**) L. 1 pr. D. de hered. instit. (28, 5). „Qui testatur, heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti, licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit; nam Divus Trajanus rescripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare."

***) Ulp. XXII, 14. Gaj. II, 123. „Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur."

7) Was die Modalität der Inſtitution betrifft, ſo kann ſie nicht ad diem *) oder unter einer Reſolutivbedingung geſchehen, denn der Gegenſtand der Inſtitution, die persona defuncti, kann nicht aufhören, und kann, wenn ſie das könnte, von der Perſon des heres nach der Antretung nicht mehr getrennt werden, um auf einen andern überzugehen, weil ſie mit derſelben abſolut confundirt iſt. Die Einſetzung kann nicht ex die geſchehen, denn die persona defuncti kann nicht nicht ſein und könnte, wenn ſie das könnte, nicht aus Nichts wieder anfangen. Allerdings aber kann unter einer Suspenſivbedingung inſtituirt werden; denn durch dieſe wird nicht die Fortſetzung des Erblaſſers, ſondern nur ein ihn Fortſetzender in Zweifel gezogen.

8) Was den Gegenſtand der Inſtitution betrifft, ſo muß dieſelbe auf das ganze Vermögen geſchehen, anders iſt ſie keine heredis institutio, denn heres iſt, qui succedit in omne jus defuncti. Allerdings aber können, wie durch das Geſetz, ſo auch durch Teſtament mehrere heredes neben einander zugleich gerufen werden. Die Theile des Ganzen ſind denn auch hier, wie dort, keine reelle Theile oder Quanta, ſondern ideelle Theile, Quoten.**) Die Theilung des Ganzen pflegte nach Zwölftheilen und den übrigen Bruchtheilen des as zu geſchehen (daher ein Erbe des Ganzen heres ex asse, der Erbe zur Hälfte heres ex semisse, zu $\frac{3}{4}$ ex dodrante, zu $\frac{1}{4}$ ex quadrante, $\frac{2}{3}$ ex besse, $\frac{1}{3}$ ex triente, $\frac{1}{6}$ ex sextante, zu $\frac{1}{12}$ ex uncia ꝛc.) Endlich iſt auch hier, wie ab intestato, trotz der vorläufigen Theilung jedem Einzelnen even=

---

*) Gaj. II, 184. L. 7 § 10 D. de minorib. (4, 4).

**) L. 9 § 12. 13. D. de hered. instit. (28, 5). „Heredes juris successores sunt, et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore jus oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt. § 13. Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti, hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.“

tuell wieder das Ganze deferirt. Die angewieſenen Theile geben nur das Maaß der Theilung auf den Fall, daß die Gerufenen alle zuſammen in der Concurrenz acquiriren, in welcher ihnen deferirt iſt. Denn wenn von ihnen Einer oder Einige nicht acquiriren, ſo bleibt die vacante Portion jure accrescendi dem Einen, welcher acquirirt. Das kann ſelbſt der Teſtator nicht verhindern, denn er kann allerdings ſeinen Repräſentanten beſtimmen, aber nicht den Gegenſtand der Repräſentation, die Perſönlichkeit ändern und aufheben. Wohl aber kann der Teſtator 1) das Accrescenzrecht modificiren, a) ausdrücklich, b) ſtillſchweigend durch die Art der Inſtitution die Quote der Accrescenzportion beſtimmen. Es können nämlich von mehreren Erben einige zuſammen auf eine Quote eingeſetzt ſein, das ſind conjunctim instituti heredes, conjuncti heredes,*) und dieſe können wieder entweder re et verbis conjuncti ſein, d. i. wenn ſie auf dieſelbe Quote in demſelben Satze inſtituirt ſind, z. B. wenn es heißt: „Lucius Titius et Publius Maevius ex semisse heredes sunto; in reliquum Sempronius heres esto, ſo ſind Lucius Titius und Publius Maevius re et verbis conjuncti, Sempronius iſt separatus,“ oder ſie ſind re, re tantum conjuncti, wenn ſie an verſchiedenen Stellen, aber auf dieſelbe Quote gerufen ſind, z. B. wenn es heißt: „Titius ex parte dimidia heres esto; Sejus ex parte dimidia heres esto; Sempronius ex parte, qua Titium institui, heres esto,“ ſo ſind Titius und Sempronius re tantum conjuncti. In beiden Fällen, welche den stirpes der Inteſtaterben vergleichbar ſind, wird, nach praesumta voluntas testatoris, die durch den Ausfall eines conjunctus vacante Portion allein dem andern conjunctus, zu keinem Theile aber den separatis accresciren;**) wie

*) L. 142 pr. D. de V. S. (50, 16). „Triplici modo conjunctio intelligitur; aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum.“

**) L. 63 D. de her. inst. (28, 5). „Heredes sine partibus utrum conjunctim, an separatim scribantur, hoc interest, quod si quis ex conjunctis decessit, (hoc) non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet;

denn umgekehrt beim Ausfall eines separatus die re oder re et verbis conjuncti wieder nur als eine Perſon in Betracht kommen, welcher pro rata der gemeinſchaftlichen Inſtitutionsportion accrescirt. Die bloße verbis conjunctio, wie die des Titius und Sejus in dem Satze: „Heredes sunto Titius ex sextante, Sejus ex triente; Gajus ex semisse heres esto." hat auf das Accrescenzrecht keinen Einfluß. 2) Kann der Teſtator aber auch das Accrescenzrecht durch Ernennung gleichſam eines zweiten Grades, durch substitutio heredis noch erſt ganz hinausſchieben; denn die Subſtitution iſt nur eine Inſtitution, und das Accrescenzrecht gilt nur, wo keine Inſtitution iſt.

B. Zufälliger Inhalt des Teſtaments.

1. Heredis substitutio.

§ 20.

a) Substitutio vulgaris, Vulgarſubſtitution.

Die eigentliche oder die Vulgarſubſtitution iſt Ernennung eines zweiten Erben, institutio secundo loco, auf den Fall, daß der zuerſt Gerufene, institutus primo loco, nicht antritt.*) 1) Subſtituirt werden kann daher nur, wer auch inſtituirt werden kann. 2) Es können einem institutus Mehrere ſubſtituirt werden, und umgekehrt. 3) Auch dem substitutus kann wieder weiter ſubſtituirt werden ꝛc. Da jede Subſtitution ſich auf die Portion und nicht auf die Perſon des zunächſt vorher Inſtituirten oder Subſtituirten be-

---

sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet."

*) Ulp. XXII, 33. pr. § 1 I. de vulgari substit. (2, 15). „Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta, si ille heres non erit, ille heres esto, et deinceps in quantum velit testator substituere; potest et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere. § 1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt."

zieht, ſo gilt, wenn ein Subſtituirter vor dem Inſtituirten aus: fällt, der Subſtituirte zweiten Grades auch als Subſtitut des Inſtituirten, (substitutus substituto etiam censetur substitutus instituto.)*) 4) Damit die substitutio, welche nur eine durch die Unwirkſamkeit der erſten institutio bedingte institutio iſt, wirkſam werde, iſt erforderlich, daß dieſe unwirkſam bleibe.**) Hat alſo ein suus heres institutus den Anfall erlebt und dadurch ipso jure acquirirt, und bedient ſich des beneficium abstinendi, ſo iſt nach ſtrengem Recht die Subſtitution hinfällig, denn die Inſtitution iſt einmal wirkſam geworden. Aber utiliter muß ſie dennoch deferirt werden, als wenn ein extraneus institutus ſich gegen die Antretung hätte in integrum reſtituiren laſſen; denn es iſt die Meinung, daß das beneficium abstinendi den suus et necessarius in aller Wirkung einem extraneus, voluntarius gleichſtellen ſoll. 5) Ob übrigens der Inſtituirte nicht antreten konnte oder nicht antreten wollte, gilt gleich, und wenn auch der Teſtator nur den Fall des Nichtkönnens genannt hat, ſo involvirt das den andern, und umgekehrt. 6) Die Frage, in wie weit die der Inſtitution untergelegte Bedingung ſtillſchweigend auch auf die Subſtitution zu beziehen ſei, kann nur die Interpretation des concreten Falls entſcheiden, wenn auch die Präſumtion aufgeſtellt werden kann, daß die Wiederholung nicht präſumirt werden dürfe;***)

---

*) L. 41 pr. D. de vulgari substit. (28, 6). „Coheredi substitutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit; ad substitutum ejus, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat.“

**) L. 7 pr. D. de adquir. vel omitt. her. (29, 2). „Si quis filiumfamilias heredem instituerit, et ita scripserit: „si mihi Titius iste filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres esto, filio adeunte jussu patris substitutus excluditur.“

***) L. 73 D. de hered. instit. (28, 5). „Sub conditione herede instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimur.“

denn durch die Bedingung der Inſtitution ſoll im Allgemeinen die Wirkſamkeit der Subſtitution erleichtert werden.

Eine beſondere Art der Subſtitution iſt die gegenſeitige ſg. substitutio reciproca, obliqua, compendiosa, z. B.: „Titium, Sejum, Sempronium heredes esse jubeo et omnes invicem substituo.“ Dieſe ſcheinbar nur ein ausdrückliches Accrescenzrecht enthaltende Subſtitution iſt weſentlich vom eigentlichen Accrescenzrecht verſchieden. Denn wenn im obigen Beiſpiel Titius und Sejus ihre Portion angetreten haben, und ſofort nach der Antretung, bevor Sempronius ſich erklärte, Sejus ſtirbt, darauf Sempronius ausſchlägt, ſo wird die vacante Portion des Sempronius nicht, wie unter gewöhnlichen Miterben jure accrescendi unter Titius und des Sejus Erben getheilt, ſondern fällt ipso jure ganz an den Titius; denn die Subſtitution haftet als eine Inſtitution an der phyſiſch individuellen Perſon des Honorirten*) und ſchließt als Inſtitution das Accrescenzrecht aus; das Accrescenzrecht geht mit der acquirirten Portion auf die Erben des antretenden Erben über, denn es haftet an dem acquirirten Gegenſtande.

§ 21.

b) Substitutio pupillaris, Pupillarſubſtitution.

So heißt die, vielleicht paſſender testamentum pupillare zu nennende teſtamentariſche Verfügung, durch welche ein paterfamilias dem zur Zeit ſeines Todes lebend oder als conceptus unmittelbar in ſeiner Gewalt befindlichen unmündigen Kinde, dem impubes suus oder postumus einen Erben

---

*) L. 9 D. de suis et legitimis (38, 16). „Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint adire hereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, et licet decesserint, antequam accresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis, et coheredis substituti; huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur.“

ernennt auf den Fall, daß das Kind in der Unmündigkeit ſterben ſollte; *) ein Recht des Vaters, welches dem Geiſte nach dem der tutoris datio verwandt und conſequent iſt. Die Pupillarſubſtitution wird durchaus als Theil und Anhang des väterlichen Teſtamentes betrachtet; daher muß 1) der Vater für ſich ſelbſt rite teſtiren **) und zu dieſem Behuf den impubes ſelbſt entweder rite exherediren oder rite inſtituiren, 2) Er muß auch, wenn er zwei verſchiedene Teſtamente machen will, zuerſt das eigne errichten, kann aber auch in einem und demſelben Teſtament für ſich und den impubes teſtiren. ***) 3) Wenn das väterliche Teſtament aus irgend einem Grunde hinfällig (nullum, ruptum, destitutum) iſt oder wird, ſo fällt auch die Pupillarſubſtitution. 4) Aus ſich ſelbſt wird endlich die Pupillarſubſtitution hinfällig durch den Eintritt der Mündigkeit. Gegen dieſe, wie gegen die meiſten Regeln der Teſtamentserrichtung überhaupt iſt das Militärteſtament privilegirt. †)

Wiewohl die Inſtitution des Pupillen im väterlichen Teſtament nicht nothwendig war, ſo war es doch das practiſch Gewöhnliche, daß er inſtituirt, und derjenige, welcher ihm pu-

---

*) L. 2 pr. D. de vulgari et pupillari substit. (28, 6). „Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perueniant, feminae ad duodecim; quod sic erit accipiendum, si sint in potestate. Ceterum emancipatis non possumus, postumis plane possumus, nepotibus etiam possumus, et deinceps si qui recasuri non sunt in patris potestatem.“ § 2 I. de pupill. substit. (2, 16).

**) § 5 I. de pupillari subst. (2, 16). „Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.“ § 4 I. h. t. (2, 16).

***) § 3 I. h. t. (2, 16).

†) L. 2 § 1 D. de vulgar. et pupillar. (28, 6). „Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere; ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit.“

pillariter ſubſtituirt oder als ſein Erbe inſtituirt war, ihm auch vulgariter ſubſtituirt wurde auf den Fall, daß die Inſtitution des Pupillen nicht wirkſam würde;*) z. B. „filius impubes heres mihi esto, ni extiterit heres Titius, mihi heres esto, aut si filius posteaquam heres extiterit, impubes decesserit, idem Titius ei heres esto.“ (d. i. substitutio duplex, in utrumque casum). Wenn aber nur die eine beſtimmt iſt (substitutio simplex, in alterum casum), und ſich fragt, ob dieſe tacite auch die andere involvire, ſo könnte man meinen, daß leichter die pupillaris zugleich die vulgaris, als die vulgaris auch die pupillaris enthalte; doch iſt entſchieden, daß jede von beiden auch die andere enthalte. **)

§ 22.

c) Substitutio ad exemplum pupillaris (quasi pupillaris s. exemplaris.)

Nach dem Beiſpiel der Pupillarſubſtitution ***) geſtattete Juſtinian, daß für einen furiosus, welcher, wie der Pupill, nicht

*) pr. I. h. t. (2, 16). „veluti si quis dicat hoc modo: „Titius filius meus heres mihi esto. Si filius meus heres mihi non erit, sive heres erit et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Sejus heres esto.“ Quo casu si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres; si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus.“

**) L. 4 pr. D. de vulgar. et pupillar. substit. (28, 6). „Jam hoc jure utimur ex Divi Marci et Veri Constitutione, ut, quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, et impubes decesserit.“

***) pr. § 1 I. de pupillar. substit. (2, 16). „Nam moribus institutum est, ut, quum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes iis faciant. § 1. Qua ratione excitati etiam Constitutionem (l. 9 C. de impub. subst. VI, 26) posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut, si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes cujuscunque sexus vel gradus, liceat iis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere; sin autem resipuerint, eandem substitutionem infirmari, et

ſelbſt teſtiren kann, die Aſcendenten deſſelben, ſogar die, welche keine patria potestas über ihn haben, ein Teſtament errichten durften, welches jedoch, wie natürlich, mit der Wiederkehr der Geiſtesgeſundheit erliſcht.

2. Legatum.

§ 23.

a) Form des Legats.

Von den älteſten Zeiten her war es Sitte, daß der Teſtator nach*) der Erbeseinſetzung durch Zuwendung einzelner Sachen aus dem Nachlaß Dritte honorirte. Eine ſolche anfangs nur in einem Teſtamente mögliche Dispoſition bekam bald den Namen legatum,**) welcher vor der Ausbildung der Univerſalſucceſſion vielleicht für jede letztwillige Honorirung diente.

Urſprünglich gab, wie immer, ſo auch hier die Sache in ihrer natürlichen Beſchaffenheit die Form und das Recht unabänderlich an.***) An Eigenthumsſachen konnte nur Eigenthum legirt werden, und der Teſtator ſagte oder ſchrieb dann etwa: „Titius fundum Cornelianum, Sempronium servum sibi vindicato, sumito, capito;“ wegen Forderungsſachen konnte nur eine Forderung gegen den heres gegeben werden, und es hieß: „Heres meus Titio asses centum, tritici modios centum damnas esto, heredem Titio centum damno.“ Als der alte Unterſchied von manus- und nexus-Sachen ſich verwiſchte, wurden alle Sachen bald in der Eigenthumsformel, bald in der Forderungsformel legirt, oder die Hin-

---

hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quae, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.“ L. 9 C. de impuberum et aliis substitutionibus (6, 26).

*) Ulp. XXIV, 15. „Ante heredis institutionem legari non potest; quoniam et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.“

**) Ulp. XXIV, 1. „Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur; nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.“

***) Vgl. § 35 pag. 153 ff.; § 3 pag. 92 ff.

wegſetzung über die alten Formen wirkte an dieſer Stelle für die von allen Seiten beginnende Aufhebung des Unterſchiedes. Um aber die Ausartung einer nützlichen Freiheit in ſchädliche Nachläſſigkeit zu verhindern, fanden die Juriſten für gut, in ihren Formelbüchern bei den leges testamentorum die herkömmlichen Formen zu redigiren, die Bedeutung derſelben und die Gränzen ihrer Anwendbarkeit einzuſchärfen. So fixirten ſich durch Praxis und Theorie 4 verſchiedene Formen *) des Legats, in welchen noch immer die beiden alten Grundformen mit ihren eigenthümlichen Bedingungen durchſchimmern.

1) Legatum per vindicationem. So nannten ſie die Form, welche, weil ſie lautete: **) „Titio do, lego fundum, qui vocatur Cornelianus, servum Pamphilum," oder: „Titius capito, sumito, sibi habeto fundum Cornelianum, servum Pamphilum," Eigenthum, d. i. eine rei vindicatio vermachen ſollte und mußte. ***) Dieſe Form, meinten ſie, ſei zwar jetzt an fungibeln Sachen, wie an ſpeciellen Sachen möglich; könne bei den letztern aber doch nur gelten, wenn der Teſtator das rechte Eigenthum zur Zeit der Teſtamentserrichtung habe, wo er es anbiete, und dann habe, wo die Delation wirklich werde, nämlich beim Tod. Bei den fungibeln oder Forderungsſachen möge es genügen, wenn ſie zur Zeit des Todes in ſeinem Eigenthum wären. †)

---

*) Ulp. XXIV, 2. „Legamus autem quatuor modis, per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeceptionem."

**) Ulp. XXIV, 3. „Per vindicationem his verbis legamus: „do, lego, capito, sumito, sibi habeto."

***) Gaj. II. 194. „Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex jure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede, vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est, intendere, rem suam ex jure Quiritium esse."

†) Ulp. XXIV, 7. „Per vindicationem legari possunt res, quae utroque tempore ex jure Quiritium testatoris fuerunt, mortis, et quando testamentum fa-

2) Per damnationem (i. e. per dationem). Wenn der Teſtator legirte: „Heres meus Titio damnas esto, dato, dare damnas esto,*) ſo konnte die Abſicht nur ſein, daß der Honorirte als Gläubiger vom Erben als Schuldner etwas fordern ſolle.**) Wenn ſogar per vindicationem fungible Sachen, ſo konnten auch ſpecielle Sachen per damnationem legirt werden. Aber da es ſich in einer Forderung zuletzt doch nur um ein vom Schuldner herbeizuſchaffendes Werthquantum handle, ſo könnten, ſchien es, in Forderungsform, d. i. per damnationem nicht bloß des Teſtators eigene, ſondern auch des Erben, ja ſelbſt die Sachen Dritter***) legirt werden; der Erbe habe ſie dann für das rechte Pretium vom Eigenthümer zu erſtehen, und könne er das nicht, dem Legatar den Werth zu zahlen.

3) Sinendi modo. So hieß das Legat, welches lautete: „Heres sinito, Titium sibi sumere, sibi habere hominem Stichum.“ Die herrſchende Anſicht über die Bedeutung dieſer Formel war, daß ſie gelten müſſe für alle Sachen, über welche der Erbe beim Tode des Teſtators zu gebieten habe,

---

ciebat, praeterquam si pondere, numero, mensura contineantur, in his enim satis est, si vel mortis dumtaxat tempore fuerint ex jure Quiritium.“

*) Ulp. XXIV, 4.

**) Gaj. II, 204. „Quod autem ita (per damnationem) legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est; ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere, heredem sibi dare oportere, et tum heres (rem), si mancipi sit, mancipio dare, aut in jure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit.“

***) Gaj. II, 201. 202. „Per damnationem hoc modo legamus: „Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto,“ sed et si: „Dato“ scriptum sit, per damnationem legatum est. § 202. Quo genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare, aut aestimationem ejus dare debeat.“

d. i. ſolche, die dann in des Teſtators oder in des Erben eigenem Vermögen ſeien. *) Wenn aber die Faſſung des Legats auch Sachen des Erben zulaſſe, ſo könne die Klage aus demſelben doch nur eine actio in personam heredis ſein; **) denn ein Eigenthum könne der Teſtator an Sachen, die zu keiner Zeit die ſeinigen waren, nicht vergeben.

4) Per praeceptionem, praelegatum. So nannte man das Legat, wenn es hieß: „Titius praecipito Sempronium hominem.“ Ueber die Bedeutung dieſer Formel wurde wegen der Sylbe „prae,“ ohne welche es ein reines Vindicationslegat geweſen wäre, geſtritten. Einige verſtanden das „prae,“ vorweg, dahin, es ſolle den Erben aus der Erbſchaft vorweggenommen werden, und hielten es für ein reines Vindicationslegat, durch welches Jeder honorirt werden könne. ***) Andere verſtanden ungeſchickt das „prae“ dahin, der Honorirte, welcher eben nur ein als heres Honorirter ſein könne, ſolle ſich ſelbſt und ſeiner eignen Erbportion vorwegnehmen, d. i. einen Vorzug im judicium familiae erciscundae genießen, durch welches er allein ſein Recht aus dem Prälegat geltend machen könne. †)

---

*) Ulp. XXIV, 10. „Sinendi modo legari possunt res propriae testatoris, et heredis ejus.“

**) Gaj. II, 213. „Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eousque, donec is heres tradendo, vel mancipando, vel in jure cedendo legatarii eam fecerit; ita et in sinendi modo legato juris est: et ideo hujus quoque legati nomine in personam actio est, Quidquid heredem ex testamento dare, facere oportet.“

***) Gaj. II, 221. „Sed diversae scholae auctores putant, etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde, ac si ita scribatur: „Titius hominem Stichum capito;“ supervacuo adjecta „Prae syllaba; ideoque per vindicationem eam rem legatam videri, quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.“

†) Gaj. II, 217. „Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus est; praecipere enim esse,

Dieſe Formeln der alten Schule mit ihren im Sinne einer ſpätern Zeit pedantiſchen Erforderniſſen und Conſequenzen gaben ſchon im Anfang der Kaiſerzeit zu ſo vielen Streitigkeiten Anlaß, ihre Beobachtung war dem Volke ſo ſchwierig, daß wegen der häufigen Formfehler die Legate oft trotz der erweislichen Abſicht des Teſtators hinfällig wurden. Dieſem Unweſen abhelfend, verfügte auf des Kaiſers Antrag das Sctum Neronianum, daß jedes Legat in Rückſicht der Formalien nur nach den Bedingungen der bequemſten und leichteſten Form, d. i. des Damnationslegats beurtheilt werden ſolle, oder daß ein Legat niemals wegen eines bloßen Formfehlers, verborum vitium, null ſein, ſondern wirkſam bleiben ſolle, ſo oft der Gegenſtand in irgend einer Form legirt werden, die Perſon in irgend einer ein Legat erwerben könne.*)

Obgleich nun durch das Sct die Nachtheile der fehlenden Form aufgehoben waren, ſo blieben doch die Formen ſelbſt, und die Vortheile der beobachteten Form. Das nur durch Hülfe des Scts beſtehende Legat erhält durch das Sct eine actio in personam, wie ein Damnationslegat. Das formell und materiell richtige Vindicationslegat aber giebt auch nach dem Sct noch die vindicatio.

---

praecipuum sumere, quod tantum in ejus persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipiat legatum, quod habiturus sit.“ Gaj. II, 219. „Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam judicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est, dividunda accipi solet; officio enim judicis id contineri, ut et quod per praeceptionem legatum est, adjudicetur.“

*) Gaj. II, 197. Ulp. XXIV, 11. „Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet jure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset; optimum autem jus legati per damnationem est.“

§ 24.

b) Materielle Bedingungen, Inhalt, Gegenſtand und Größe der Legate.

1) Was die Perſonen betrifft, welche durch ein Legat honorirt werden konnten, ſo behielt das Legat von ſeiner urſprünglichen Verwandtſchaft oder Gleichheit mit dem Erbrecht auch die Eigenthümlichkeit, daß nur denjenigen legirt werden konnte, welche als Erben eingeſetzt werden konnten, *) d. i. denjenigen, quibuscum est testamenti factio. Ebenfalls von daher behielt das Legat die durch die regula Catoniana nur wieder eingeſchärfte und durch das Sct. Neronianum keinesweges aufgehobene Eigenthümlichkeit, daß ein zur Zeit der Errichtung ungültiges Legat hinterher nicht convalesciren könne. **) Es kann auch Mehreren zuſammen eine Sache legirt werden, wo denn durch das Wegfallen des einen Honorirten, je nach dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers, entweder ein Accrescenzrecht für den andern Honorirten eintritt, oder die vacante Portion dem Onerirten verbleibt, oder caducum wurde. ***)

2) Onerirt iſt durch das Legat immer die Erbſchaft, entweder die ganze Erbmaſſe, †) wenn es ohne Nennung eines beſtimmten Erben hinterlaſſen iſt, oder wenn ein beſtimmter Erbe bezeichnet iſt, dieſer, oder richtiger der Erbtheil, auf welchen er gerufen iſt. Daher geht, wenn der Inſtituirte nicht antritt, die Laſt des Legats ſowohl jure accrescendi als jure substitutionis mit dem onerirten Erbtheil auf deſſen Erwerber über. Niemals aber kann ein Legat mit Legaten onerirt werden. ††)

---

*) Gaj. II, 275. 286. § 24 I. de leg. (2, 20). „Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.“

**) L. 1 pr. D. de regula Catoniana (34, 7). „Catoniana regula sic definit: „quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere.“

***) Ulp. XXIV, 12. 13.

†) L. 33 pr. D. de leg. II. (31).

††) Ulp. XXIV, 20. „A legatario legari non potest.“

3) Gegenſtand des Legats. Ein Legat kann immer nur Singularſucceſſion, entweder in ein einzelnes Recht oder in mehrere einzelne Rechte begründen, denn es wird erworben von dem ſchon beerbten defunctus, der alſo ſchon univerſell repräſentirt iſt. Wenn deſſen ungeachtet das legatum partitionis ſeiner Wortfaſſung nach eine Univerſalſucceſſion zu deferiren ſcheint, ſo giebt es in der That doch nur Singularſucceſſion. Legatum partitionis, partitio legata heißt das Legat, welches dem Erben auflegt, die Erbſchaft oder ſeinen Erbtheil mit einem Dritten zu theilen, z. B.: „Heres cum Titio hereditatem partitor, dividito." Hier erhält Titius allerdings eine Quote,*) aber nur von dem nach Abzug der Schulden und Laſten vorhandenen Activvermögen; der Partitionslegatar kann nicht aus Erbſchaftsſchulden belangt werden und ohne Ceſſion auch nicht aus Erbſchaftsforderungen klagen. Zur gegenſeitigen Deckung wegen derjenigen Forderungen und Schulden, welche nach geſchehener Auskehrung an den Legatar noch zum Vorſchein kommen könnten, machten ſie ſ. g. stipulationes partis et pro parte, durch welche der Erbe verſprach, im Fall eines neuen Gewinns pro rata des Legats nachzuzahlen, der Legatar im Fall einer neuen Verkürzung der Erbmaſſe pro rata zurückzuzahlen.**)

Die Legate einzelner Rechte können 1) Eigenthumsobjecte, körperliche Sachen, zum Gegenſtand haben. 2) Jura in re, Real- und Perſonalſervituten***) können durch Legat beſtellt werden, und namentlich die letztern, usus fructus, usus,

---

*) Ulp. XXIV, 25. „Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, ut puta hoc modo: „Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor, dividito:" quo casu dimidia pars bonorum legata videtur. Potest autem et alia pars, velut tertia, vel quarta, legari. Quae species partitio appellatur."

**) Ulp. XXV, 15. „Partis autem et pro parte stipulationes proprie dicuntur, quae de lucro et damno communicando solent interponi inter heredem et legatarium partiarium, id est, cum quo partitus est heres."

***) Ulp. XXIV, 26.

habitatio und operae wurden weit häufiger auf dieſe Weiſe, als unter Lebenden, beſtellt. 3) Auch Forderungen können legirt werden und zwar in dreierlei Weiſe:

a) Legatum nominis, nomen legatum, wenn der Teſtator Jemandem eine ihm oder dem Erben zuſtehende Forderung vermacht, wodurch der Legatar, wenn er das Legat erworben, utiliter die Klage aus dieſer Forderung anſtellen kann.*) b) Legatum liberationis, liberatio legata, wenn Jemandem eine Schuld gegen den Teſtator, den Erben oder einen Dritten erlaſſen wird. c) Legatum debiti, d. i. das Vermächtniß deſſen, was der Legatar als Gläubiger ſchon zu fordern hatte, welches denn nur inſofern als Vermächtniß beſtehen kann, als es eine Verbeſſerung der Forderung enthält, z. B. die Bedingung oder den Termin hinwegnimmt.**)

4) Was die Modalität des Legats betrifft, ſo kann daſſelbe nicht bloß unter Suspenſivbedingungen, die übrigens ſo wenig wie bei Erbeinſetzungen captatoriſch***) ſein dürfen, nicht bloß mit einem modus, ſondern auch unter Reſolutivbedingungen und Zeitbeſtimmungen†) aller Art hinterlaſſen werden; denn es widerſpricht nicht dem Begriff einer bloßen Singularſucceſſion.

5) Größe der Legate. Da das Legat eine Schenkung des Erblaſſers††) iſt, und Niemand mehr verſchenken kann als er hat, ſo war es von älteſten Zeiten Rechtens, daß der Erbe

---

*) L. 44 § 6 D. de leg. I. (30).

**) § 13. 14 I. de legatis (2, 20). L. 3 § 2 D. de liberatione legata (34, 3).

***) L. 64 D. de legatis I. (30). „Captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus, neque in legatis valent."

†) L. 1 pr. D. de cond. et demonstr. (35, 1). „Legatis, quae relinquuntur, aut dies incertus, aut conditio adscribitur, aut si nihil horum factum sit, praesentia sunt, nisi si vi ipsa conditio insit." L. 41. L. 65 D. h. t. (35, 1).

††) § 1 I. de legatis (2, 20). „Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta."

niemals aus eigenem Vermögen für die Legate haftete und daß nur ſo viel zu Legaten verwandt werden konnte, als in der Erbſchaft nach Abzug der Schulden war. *) Das konnte aber Alles durch Legate ſo durchaus zerſtreut werden, daß dem Erben nichts verblieb, denn der Teſtator ruft den Erben nicht zu einem Gewinn, ſondern zur Repräſentation ſeines Vermögens, wie er es hinterläßt. **)

Früher Mißbrauch des unbeſchränkten Legatrechts veranlaßte ſchon früh Geſetze gegen denſelben; denn durch zu ſchwere Belaſtung mit Legaten wurde oft die Antretung des Erben zum Nachtheil der Gläubiger und der Legatare ſelbſt verzögert oder verweigert. Unbegreiflich wenig zweckentſprechend war eine lex Furia von 570 mit der Beſtimmung, daß, mit Ausnahme einiger Perſonen, Niemand ein größeres Legat, als von 1000 Aſſen nehmen ſollte. ***) Nichts mehr fruchtete die lex Voconia von 585, welche beſtimmte, daß kein Legat größer ſein ſolle, als der Theil, welcher dem Erben übrig blieb; denn durch die Menge kleiner Legate wurde die Wirkſamkeit beider Geſetze vereitelt. †)

---

*) L. 116 pr. D. de legatis I. (30). „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit."

**) Gaj. II, 224. „Sed olim quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: „Uti legassit suae rei, ita jus esto;" quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur."

***) Gaj. II, 225. „Itaque lata est Lex Furia, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est; sed et haec lex non perfecit, quod voluit; qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis milenos asses legando totum patrimonium erogare."

†) Gaj. II, 226. „Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve

Gleich wirkſam das Uebermaaß in der Menge, wie in der Größe beſchränkend beſtimmte daher die lex Falcidia von 714, es ſollte niemals mehr als $\frac{3}{4}$ der activen Erbmaſſe zu Legaten verwandt werden, und $\frac{1}{4}$ wenigſtens immer dem Erben bleiben. *) Die Interpretation erweiterte das Geſetz dahin, daß jeder einzelne **) Erbe $\frac{1}{4}$ ſeiner Inſtitutionsportion, die quarta, Falcidia, behalten ſolle, welches er ſich, wenn die Dispoſition des Teſtators es beeinträchtige, durch Abzugsrecht gegen die Legatare frei erhalten dürfe.

Für die Berechnung und den Abzug der Falcidia muß zuerſt die reine Activmaſſe der onerirten Erbſchaft oder Erbportion hergeſtellt werden. Dieſelbe iſt vorhanden nach Abrechnung der Schulden, der Leichenkoſten und aller Maſſekoſten von dem Werthe, den das Activvermögen, in welches nicht bloß corpora und jura in re, ſondern auch die Forderungen einzurechnen ſind, im Augenblicke des Todes des Teſtators hatte. Spätere Erweiterung der Erbmaſſe iſt zum Vortheil, ſpätere Verkleinerung zum Nachtheil des Erben; denn weiter als bis an ſeinen Tod konnte der Teſtator nicht ſehen. ***) Gegen

---

causa capere liceret, quam heredes caperent; ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; set tamen fere vitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi, hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere."

*) Gaj. II, 227. „Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus legare liceat, quam dodrantem; itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat; et hoc nunc jure utimur."

**) § 1 I. de lege Falcidia (2, 22). „— etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est."

***) § 2 I. de leg. Falcid. (2, 22). „Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur." § 3 I. h. t. (2, 22). „Quum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum, item funeris impensa et pretia servorum manumissorum; tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuan-

dieſen reinen Activbeſtand iſt die Werthſumme der Vermächtniſſe zu halten. So weit dann die letztere jene ſogar überſteigt, ſind die Legate null auch ohne die lex Falcidia nach der Regel, daß Niemand mehr onerirt, als honorirt werden kann. Von dem, nach dieſer von ſelbſt eintretenden Verkürzung, oder wo ſie nicht nöthig war, ohne dieſelbe, die Quart noch beſchwerenden Legat macht der Erbe den Abzug, entweder durch Zurückhalten gegen die Forderung oder Vindication des Ganzen, oder durch Zurückfordern deſſen, was er aus factiſchem Irrthum zu viel bezahlte; denn ein Rechtsirrthum über die lex Falcidia kann ihm als ein unentſchuldbarer nicht nützen.*) Der Erbe muß ſich in ſeine Quart alles einrechnen, was er als Erbe universali titulo bekommt, nicht aber, was er durch Legat oder anderweitig singulari titulo erwirbt.**) Nicht einzurechnen iſt alſo das Präceptionslegat, welches ihm ganz von dem Miterben gezahlt wird. Onerirt aber das ihn honorirende Prälegat die ganze Erbſchaft, ſo muß er den Theil, den er ſich ſelbſt zahlt, in ſeine Quart einrechnen, eben weil er ihn nicht zahlt, ſondern als Erbe behält; denn Niemand kann ſich ſelbſt Legate zahlen.

Das Abzugsrecht ſteht jedem Erben, dem Subſtitutus, wie dem Inſtitutus zu; aber hier zeigt ſich ein Unterſchied zwiſchen der, durch einfache oder gegenſeitige Subſtitution, und der durch Accrescenzrecht zur Inſtitutionsportion hinzuerworbenen Erbportion. Die Subſtitutionsportion muß in Beziehung auf den Abzug der Quart mit der Inſtitutionsportion zuſammengeworfen werden, und der Ueberſchuß über die Quart in

---

tur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit."

*) L. 9 § 5 D. de jur. et fact. ignorantia (22, 6). „Si quis jus ignorans lege Falcidia usus non sit, nocere ei dicit epistola Divi Pii."

**) L. 74 D. ad leg. Falcid. (35, 2). „Quod autem dicitur, si ex judicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario jure habeat; itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur."

der einen zur Deckung des Deficit an der andern verwandt werden; denn es iſt hier nur *eine* zum *Theil unbedingte*, zum *Theil bedingte Inſtitution*.*) Bei der *accreſcirenden* Portion aber iſt zu *unterſcheiden*. Iſt die *Inſtitutionsportion überſchwert*, die *Accreſcenzportion* hat Ueberſchuß, ſo kann er den Legatarien der erſtern nur ſo weit abziehen, als nicht Deckung der Quart in der letztern iſt, denn er erwirbt dieſen Ueberſchuß *als Erbe* universali titulo. Hat aber die *Inſtitutionsportion* Ueberſchuß, die *accreſcirende* aber iſt *überſchwert*, ſo kann er beide Portionen *trennen* und den Legatarien der letztern vollſtändig abziehen; denn es iſt der Wille des Teſtators nicht zu vermuthen, daß der Erbe von ſeiner Inſtitutionsportion verlieren, daß die *Legatare* durch das Accreſcenzrecht *gewinnen* ſollten.**) Das Abzugsrecht kann ausnahmsweiſe vom *Teſtator* oder durch *Geſetze verboten* werden; letzteres z. B. beim Legat an piae causae. Abgeſehen davon wird, wenn *mehrere* Legate da ſind, jedem pro *rata* abgezogen. Das Recht des Erben kann aber auch zur *Strafe* verloren gehen, z. B. wenn der Erbe das Legat *betrüglich vereiteln* wollte, und endlich kann es durch ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden *Verzicht* aufgegeben werden; das letztere ſoll zu Gunſten *aller* Legatare angenommen werden, wenn der zum

---

*) L. 1 § 13 D. h. t. (35, 2). „Id, quod ex *substitutione* coheredis ad coheredem *pervenit*, *proficit legatariis*; is enim similis est heres *ex parte pure*, *ex parte sub conditione* heredi instituto.“

**) L. 78 D. h. t. (35, 2). „Quodsi *alterutro* eorum *deficiente alter heres solus extiterit*, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an *singularum* portionum *separatim* causae spectandae sunt? Et placet, si *ejus* pars legatis *exhausta* sit, qui *heres extiterit*, *adjuvari legatarios per deficientem partem*, quae non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil, aut minus detrahatur; *si vero defecta pars fuerit exhausta*, perinde in ea *ponendam rationem legis Falcidiae*, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.“

Abzug berechtigte Erbe Einem wiſſentlich das Ganze gezahlt hat.

§ 25.

Vermächtniſſe durch Fideicommiß und Codicill.

Die materiellen Beſchränkungen der alt-civilen Vermächtniſſe durch legatum und mehr noch die erſt unter Nero durch das Sctum Neronianum geminderten Schwierigkeiten der Form führten ſchon vor der Kaiſerzeit auf eine neuere freiere Vermächtnißform. Wer Perſonen honoriren wollte, die er in einem Teſtamente durch Legat nicht honoriren konnte, wer Vermächtniſſe hinterlaſſen wollte, aber kein Teſtament machen wollte oder konnte, da ihm die Zeugen fehlten, oder weil er Formfehler fürchtete, vertraute in ganz formloſer Weiſe in einem bloßen Briefchen, codicillus, und bloß bittweiſe, verbis precativis*) ſeinen Wunſch der Pietät und Treue ſeines teſtamentariſchen oder ſeines geſetzlichen Erben. Solche Auflage, die natürlich keinen andern Schutz als die Redlichkeit des Erben hatte, war und hieß dann (heredis) fidei commissum. Die öffentliche Meinung und die Auctorität der Juriſten begünſtigte die neue Vermächtnißform in dem Grade, daß ſchon am Anfang der Kaiſerzeit die rechtliche Klagbarkeit der Fideicommiſſe anerkannt und denſelben ein eigner außerordentlicher Gerichtsſtand vor einem beſondern Praetor fideicommissarius gegeben wurde.**)

---

*) Ulp. XXV, 1. 2. „Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: „Fideicommitto, peto, volo dari, et similia.“

**) § 1 I. de fideicomm. hered. (II, 23). „Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt; quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, contineban-

Die fideicommiſſariſche Auflage betraf entweder eine einzelne Sache, fideicommissum singulae rei, Singularfideicommiß, oder die Reſtitution einer Quote der Erbſchaft, ähnlich dem legatum partitionis, oder gar die ganze Erbſchaft; in beiden Fällen hieß es fideicommissum hereditatis, Univerſalfideicommiß.

A. Inhalt der Fideicommiſſe.

§ 26.

A. Univerſalfideicommiß, fideicommissaria, s. fideicommissa hereditas.

Auch wenn dem Erben die Reſtitution der ganzen Erbſchaft oder einer Quote aufgegeben war, war der Honorirte doch nur Vermächtnißnehmer und Singularſucceſſor; denn ſein Recht konnte nicht wirkſam werden ohne die Antretung des Erben, und er ſuccedirte nur in die Activa. Der heres ſetzte ſich mit ihm durch gegenſeitige Stipulationen auf Nachzahlung und Rückzahlung wegen der lucra und damna hereditaria, als wenn er die Erbſchaft gekauft hätte, auseinander, und ſo hießen die Stipulationen: ad exemplum emtae venditae hereditatis, oder quales fiunt inter emtorem et venditorem hereditatis. *)

---

tur. Postea Divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit Consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam Praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret; quem fideicommissarium appellabant.“

*) Gaj. II, 251. 252. „Restituta autem hereditate is, qui restituit, nihilominus heres manet, is vero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii. § 252. Olim autem nec heredis loco erat, nec legatarii, sed potius emptoris; tunc enim in usu erat, ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem

Unter Nero aber verfügte das Sctum Trebellianum, in Erwägung, daß dies Verfahren eine unnütze Weitläuftigkeit ſei, zu Gunſten des mit Reſtitution einer hereditas onerirten Erben, fiduciarius, und zugleich des Fideicommiſſars,*) daß dieſer letztere wie ein heres behandelt werden ſolle, alſo aus den Erbſchaftsſchulden utiliter belangt werden, ſo wie die Erbſchaftsklagen und eine hereditatis petitio utilis i. e. fideicommissaria anſtellen könne, immer vorausgeſetzt, daß der Erbe antrat, denn in dieſer Beziehung bleibt die eigentliche Vermächtnißnatur.**)

Erſt nach dieſem Sct, aber ohne ſeine Schuld, kam der bei der Unbeſchränktheit der Fideicommiſſe mögliche Fall häufig genug vor, daß, wenn faſt die ganze oder gar die ganze Erbſchaft fideicommittirt war, der Erbe aus Mangel an allem Intereſſe gar nicht antreten wollte und dadurch auch das Fideicommiß ganz vereitelte. Da die Interpretation ſich

dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est, hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero, qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi."

*) L. 1 § 3. 4 D. ad Sct. Trebellianum (36, 1).

**) Gaj. II, 253. „Sed posterioribus temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca Consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, (ei) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur."

nicht befugt gefunden, die dem Uebermaaß der Legate begegnende lex Falcidia auf die Fideicommiſſe anzuwenden, ſo übernahm es das Sct. Pegasianum unter Vespaſian, alle fideicommissa, ſowohl singularum rerum als hereditatis, den Legaten hierin gleichzuſtellen, und geſtattete dem über ¾ mit Fideicommiſſen onerirten Erben, die quarta abzuziehen *)

Durch dieſes Sct blieb das Trebellianiſche Recht des Univerſalfideicommiſſars, als Erbe zu gelten, zwar nicht unberührt, aber es wurde doch keineswegs ganz aufgehoben; denn:

1) für den Fall, wo dem Erben ſeine Quart ſchon frei war, blieb es bei dem Trebellianiſchen Recht, denn für dieſen Fall wollte das Pegasianum gar nicht verfügen. **)

---

*) Gaj. II, 254. „Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione Consulibus senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret, quartam retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur; ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est; per quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinet, ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est, ejus legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem; unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.“

**) Gaj. II, 255. „Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem jure civili, in eum vero, qui recepit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano; quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet, eique et in eum solidae actiones compe-

2) Aber für den Fall, wo Mehr als ¾ fideicommittirt war, ſollte es dem heres erlaubt ſein, den Fideicommiſſar wie einen legatarius partiarius zu behandeln, alſo iſt für dieſen Fall das Trebellianiſche Recht aufgehoben, denn der Honorirte kann nicht zugleich heredis und zugleich legatarii loco ſein. — Wenn nun der Erbe freiwillig antritt, was ihn allein berechtigt das Sct anzuwenden, welches bloß zur Beförderung der Antretung gegeben iſt, und:

a) das nach dem Pegasianum zuſtehende Abzugsrecht ausübt, den Fideicommiſſar alſo wirklich wie einen legatarius partiarius behandelt, ſo iſt dieſer nur Singularſucceſſor, und die zwiſchen ihm und dem Erben erforderlichen stipulationes heißen auch, wie bei jenem Legatar, stipulationes partis et pro parte.

b) Wenn ferner der Erbe bei freiwilligem Antritt da, wo er es konnte, nicht abzieht, ſo bleibt der Fideicommiſſar doch Singularſucceſſor, und die deshalb nothwendigen Stipulationen heißen nicht stipulationes partis et pro parte; denn er behandelt den Vermächtnißnehmer nicht wie einen legatarius partiarius, ſondern nach dem alten Rechte wie einen rechten Fideicommiſſar, und die Stipulationen heißen deshalb ad exemplum emtae venditae hereditatis. Das Trebellianiſche Recht kann hier nicht gelten, weil es für den Fall der Ueberſchwerung zu Gunſten des freiwillig antretenden Erben durch das Pegaſianiſche Abzugsrecht aufgehoben iſt.*)

---

tunt; sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet."

*) Gaj. II, 256. 257. „At si quis plus quam dodrantem, vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto. § 257. Set is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem, sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; set quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent, tamquam in-

3) Wenn aber der heres, nicht zufrieden mit der Hülfe des Pegasianum, nicht freiwillig antreten will, ſo wird er zur Antretung gezwungen und reſtituirt nun nach dem Trebellianum; denn für ihn, der ſich der Abſicht des Sets widerſetzen wollte, iſt auch nicht der Nutzen des Sets und das Sct ſelbſt nicht, ſondern allein das Recht vor demſelben, das Trebellianiſche vorhanden. *)

Juſtinian vereinfachte die Sache und beſtimmte, daß trotz dem Abzuge der Falcidiſchen Quart doch immer nach dem Trebellianiſchen Recht reſtituirt werden ſollte; **) aber immer

---

ter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt."

*) Gaj. II, 258. „Set si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Praetoris adeat et restituat, perindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac juris est ex senatusconsulto Trebelliano; quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem."

**) § 7 I. de fideicommissar. her. (2, 23). „Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt, et quibusdam casibus captiosas eas homo exclusi ingenii Papinianus appellat, et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet; ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti placuit, exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur; sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive nihil penitus, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano Senatusconsulto, pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus."

muß noch reſtituirt werden, d. h. das Univerſalfideicommiß bleibt eine nur mittelbare, ſecundäre Univerſalſucceſſion, welche ohne Antretung und Vermittlung des heres nicht wirkſam werden kann. Wenn der heres freiwillig antritt und reſtituirt, ſo darf er die Quart, welche hier Trebelliana genannt wird, abziehen, und iſt für ſeine Quart oder für das Mehr, das ihm bleibt, coheredis loco. — Läßt er ſich zur Antretung zwingen, ſo verliert er ſein Abzugsrecht.

Wiewohl der Univerſalfideicommiſſar nun alſo immer heredis loco iſt, und als ſolcher die auf der Erbſchaft ruhenden Vermächtniſſe pro rata mit dem Fiduciar entrichten muß, ſo kann er doch die Quart nicht abziehen, denn es fehlt bei ihm nicht bloß der juriſtiſche Grund des falcidiſchen Rechts, indem er nicht directus heres iſt, ſondern auch die utilitatis ratio dieſes ſingulären Rechts; denn die Falcidia ſoll nur dazu dienen, den heres zur Antretung zu bewegen. Indeſſen kann der Univerſalfideicommiſſar unter Umſtänden das dem heres zuſtändige Abzugsrecht anſtatt deſſelben für ſich ausüben: 1) wenn der heres durch Nichtausübung ihm den Genuß deſſelben freiwillig überläßt; 2) wenn der heres ſich auf Antrag des Fideicommiſſars zur Antretung zwingen läßt, und dadurch zur Strafe das Recht verliert, ſo hat der Letztere es, denn er iſt es, der die Antretung veranlaßt hat. *)

§ 27.

B. Singularfideicommiß, fideicommissum singularum rerum.

Die durch Senatsconſulte und Conſtitutionen der Kaiſer immer mehr beſeitigte Verſchiedenheit des Legats und Singularfideicommiſſes beſtand urſprünglich vorzüglich in Folgendem: Das Legat mußte in einem Teſtament, mit den verbis imperativis einer der vier Formen, in Römiſcher Sprache

---

*) L. 3 pr. L. 63 § 11 D. ad SCt Trebell. (36, 1). „Si, quum suspectam videres hereditatem, postulante me, jussu Praetoris adieris, et restitueris mihi, ita utar legis Falcidiae beneficio adversus legatarios, si tu quoque ea lege uti poteras, et quatenus uti poteras.“

hinterlaſſen werden, es konnte nur den heres directus oneri- ren, nur den, der paſſive testamenti factio hatte, honori- ren, und war dem Abzug der Falcidia unterworfen. Das Fi- deicommiß konnte in einem Codicill, und nur in dieſem, verbis precativis, auch in fremder Sprache hinterlaſſen werden, es konnte nicht bloß einen heres, ſondern auch Lega- tare und Fideicommiſſare oneriren, konnte auch manche von denen honoriren, die keine paſſive testamenti factio hatten, und war nicht dem Abzuge der Quart unterworfen.*) Nach- dem das Sct. Neronianum die civile Form der Legate ſehr gemil- dert hatte, die Sprache gleichgültig geworden war, dieſelben auch in einem durch Teſtament confirmirten Codicill hinterlaſſen wer- den konnten, dagegen die Fideicommiſſe ebenfalls in einem Teſta- ment geſchrieben werden konnten, oder in einem Codicill von beſtimmter Form geſchrieben werden mußten, durch das Sct. Pegasianum dem Abzuge der Quart unterworfen waren, die Eigenthümlichkeit der extraordinaria persecutio vor einem be- ſondern Prätor verloren hatten, ſo war es materiell nichts Neues, wenn Juſtinian allen Unterſchied der Legate und Fideicommiſſe auch dem Buchſtaben nach aufhob.**)

Dieſes neuſte, nach den vereinten Grundſätzen der Le- gate und Fideicommiſſe normirte Vermächtniß des Juſti- nianiſchen Rechts hat die Eigenthümlichkeit des alten Legats behalten, daß nur Solche durch daſſelbe honoriren und ho- norirt werden können,***) die paſſive testamenti factio ha- ben, doch braucht für die letztern dieſelbe nur im Augenblick der Errichtung des letzten Willens nach der regula Catoniana, und im Augenblick des Anfalls vorhanden zu ſein; der One-

---

*) Gaj. II, 268—275.

**) § 2. 3. I. de legatis (2, 20). „necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia; sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.“

***) § 24 I. h. t. (2, 20). „Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.“

rirte kann aber auch ein Vermächtnißnehmer ſein.*) Der Abzug der Quart ſteht ihm aus ſeiner Perſon ſo wenig, als einem Univerſalſucceſſor, zu; Beide aber können, wo ſie ſelbſt einen Abzug erleiden, verhältnißmäßig auch ihren Vermächtnißnehmern abziehen;**) denn es wird angenommen, der Erblaſſer habe alle Vermächtnißnehmer gleichmäßig die Laſt der Quart tragen laſſen wollen.

§ 28.

B. Von der Form der Codicilli.

Die urſprüngliche Formloſigkeit der Codicille wurde von den Kaiſern beſchränkt. Conſtantin***) verlangte ſogar die äußere Form des Teſtaments mit 7 Zeugen, von welcher aber Theodoſius II. wieder nachließ. Die neuſte, durch Theodoſius und Juſtinian beſtimmte Form des Codicills iſt im Weſentlichen nur eine weniger ſolenne Teſtamentsform. Dieſelben können öffentlich oder privatim, und im letztern Fall ſchriftlich oder mündlich ſein. Die letztern erfordern die gleichzeitige Zuziehung von 5 teſtamentsfähigen Zeugen und unitas actus bei der Errichtung, zum ſchriftlichen Codicill iſt Unterſchrift des Erblaſſers und der Zeugen, nicht aber Beſiegelung nothwendig.†)

Einen Codicill errichten kann nur, wer ein Teſtament machen kann. Es kann in demſelben keine heredis institutio, aber Vermächtniſſe aller Art disponirt werden, und keine letztwillige Verfügung kann ohne Codicillform beſtehen. Es können Codi-

---

*) § 1 I. de singul. reb. per fideicom. (2, 24).

**) L. 47 § 1. L. 32 § 4 D. ad leg. Falcid. (35, 2).

***) L. 1 C. Th. de testibus. (IV, 4).

†) L. 8 § 3 C. de codicillis (6, 36). „In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati vel qui fortuitu venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur; testibus videlicet, quando in scriptura voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.“

cille neben einem Teſtament (codicilli ad testamentum facti) und ohne Teſtament errichtet werden (codicilli ab intestato), in welchem Fall der Inteſtaterbe der Onerirte iſt, und der, wenn auch unter dem Namen heres, im Codicill Inſtituirte als Univerſalfideicommiſſar behandelt wird. Es kann der neben dem Teſtament errichtete Codicill in jenem ausdrücklich beſtätigt ſein, codicillus testamento confirmatus, und gilt dann in manchen Beziehungen einem Teſtamente gleich. Da ein Codicill keine Erbeseinſetzung enthält, ſo können recht wohl mehrere Codicille neben einander beſtehen.*)

Da der Codicill ſich zum Teſtament, wie ein Minus zum Plus verhält, ſo kann möglicherweiſe eine letztwillige Verfügung, die als Teſtament errichtet wurde, aber wegen Formmangel nicht beſtehen kann, als Codicill beſtehen, wenn ſie die Erforderniſſe des letztern hat, und der Erblaſſer die ausdrückliche**) Erklärung, ſg. clausula codicillaris hinzufügte, es als ſolches gelten laſſen zu wollen, wenn es als Teſtament nicht beſtehen könne.

§ 29.

Mortis causa donatio.

Die mortis causa donatio iſt eine Schenkung, deren unterſcheidendes Weſen darin beſteht, daß ſie nur auf den Fall beſtehen ſoll, daß der Schenker vor dem Beſchenkten ſterbe;***) der frühere Tod des Schenkers iſt weſentlicher Beſtandtheil des Geſchäfts; unweſentlich iſt es dann, ob ſie in Todesgefahr geſchieht, ob ſie ſofort erfüllt wird, ob ſie widerruflich oder unwiderruflich geſchloſſen wird.†) Ob-

*) § 1. 2. 3. I. de codicillis (2, 25).

**) L. 41 § 3 D. de vulg. et pupil. subst. (28, 6). L. 29 § 1 D. qui test. facere (28, 1).

***) L. 1 pr. D. de mort. caus. don. (39, 6). „Mortis causa donatio est, quum quis habere se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.“

†) L. 2. L. 3 D. h. t. L. 13 § 1 h. t. (39, 6).

gleich das Geſchäft ein reiner *Vertrag* iſt, ſo hatte doch das weſentliche Moment der *mortis* causa frühe Zweifel über ſeine Natur veranlaßt. Einige meinten, ſie ſei ein *Vermächtniß*, eine *ultima* voluntas, und dieſe Anſicht hat allein die *Widerruflichkeit* hineininterpretirt. Andere hielten ſie wegen ihrer weſentlichen *Zweiſeitigkeit* für einen bedingten *Schenkungsvertrag*. *Juſtinian* hat dieſe Zweifel dahin *fixirt*, daß ſie in Rückſicht der *Form* als ein *Vermächtniß*, als eine *ultima* voluntas zu behandeln, alſo nicht der *Inſinuation*, aber der *Codicillarform* bedürfe;*) doch kann ſie als ein wirklicher Vertrag trotz dem der Acceptation nicht entbehren. Ferner in *materieller* Rückſicht iſt ſie auch darin dem Vermächtniß gleich geworden und geblieben, daß der Honorirte *onerirt* werden kann, daß ein jus *accrescendi* unter mehreren Honorirten gilt, daß die lex *Falcidia* Anwendung**) leidet, daß der *Honorirte* die dem *Vermächtnißnehmer nöthigen Eigenſchaften*, der *Schenker* die *Fähigkeit* zur *Errichtung* eines *letzten Willens* haben muß, und endlich darin, daß die *Wirk-*

---

*) L. 4 C. de mort. causa donat. (8, 57). „Quum de mortis causa donatione *dubitabatur*, et alii quidem inter *ultimas* voluntates eam posuerunt et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter *donationes*, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa *sancimus*, omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, *actis minime indigere*, neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi. Sed *ita res procedat*, ut, si *quinque testibus* praesentibus vel in scriptis vel sine literarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur, et *omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacunque parte absimilis eis intelligatur*."

**) L. 5 C. ad leg. Falcid. (6, 50). „Si mortis causa *immodicas donationes* in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis *Falcidiae* ratione secundum constitutionem divi Severi, avi mei, uti potes."

ſamkeit erſt mit dem Tode des Honorirenden eintritt. Aber trotz dieſer aus Billigkeits- und Nützlichkeitsgründen auf ſie angewandten Grundſätze des Legats, muß ſie dennoch als ein Vertrag betrachtet werden; denn wegen der möglichen Unwiderruflichkeit iſt ſie keine ultima voluntas. Ferner kann ſie der Acceptation nicht entbehren, und endlich bedarf es zu ihrer Wirkſamkeit nicht der Vermittlung durch Erbſchaftsantretung.

Nicht gleichbedeutend mit mortis causa donatio iſt die mortis causa capio, d. i. im weitern Sinne jeder Erwerb, den man durch den Tod eines Andern macht; im eigentlichen Sinne aber der Erwerb, den Einer durch den Tod Jemandes macht, anders als durch Erbſchaft, Vermächtniß und mortis causa donatio.

III. Erbfolge gegen ein Teſtament.

A. Alt-civiles Notherbenrecht und Pflichttheilsrecht.

§ 30.

A. Das reine Notherben- oder Präteritionsrecht.

Das iſt das Recht gewiſſer Perſonen, in einem Teſtamente entweder inſtituirt oder exheredirt zu werden, d. i. bei der heredis institutio nicht mit Stillſchweigen übergangen, nicht präterirt zu werden, denn die Präterition macht das Teſtament gänzlich oder theilweiſe null. Die ſo berechtigten Perſonen ſind diejenigen, welche den Erblaſſer ab intestato als sui et necessarii heredes beerbt haben würden.

Der Grund und die Tendenz dieſes Rechts iſt kein materieller, d. h. es iſt nicht die Abſicht, den suis et necessariis heredibus hierdurch etwas aus dem Nachlaß zuzuwenden; denn es gilt gleich, ob der Teſtator inſtituirt oder exheredirt. Jede gehörige Exheredation macht das Teſtament gültig, und keine Zuwendung des Nachlaſſes durch Legat oder Fideicommiß macht das Teſtament gültig, wenn die Inſtitution oder Exheredation nicht formell richtig iſt. Dieſes rein formelle Notherbenrecht iſt ein Reſt der alten ſtricten Anſicht, daß

nur der richtig ein Teſtament mache, der ſeine Inteſtaterben, die das Geſetz ausdrücklich rufe, auch ausdrücklich exheredire, weil er, wenn er das nicht thue, die geſetzliche Delation geſchehen laſſe und folglich nicht teſtire. Die alten Formelſchreiber gaben in ihren Büchern Beiſpiele von gehörig beſtimmten und ausdrücklichen Exheredationsformeln, und da muß es wohl Sitte geweſen ſein, daß man alle, die man namhaft machen konnte, namentlich und ſpeciell, nominatim erheredirte, auf den Fall aber, daß noch unbekannte Inteſtaterben da ſein könnten, für dieſe eine ſ. g. exheredatio inter ceteros hinzufügte, z. B. „filius Sejus, nepos Titius, qui est in potestate mea, frater Sempronius et ceteri omnes, qui lege vocantur ad hereditatem meam, exheredes esse jubeo." Daraus entſtand nun ſchon für die Spätern, welche die practiſche Wichtigkeit, aber nicht den Grund der Sache kannten, die Frage, wer nominatim, wer inter ceteros enterbt werden könne und müſſe. Da gab es denn nebeneinander und nacheinander ſehr verſchiedene Meinungen. Eine Abſtraction aus den Beiſpielen der älteſten Juriſten, welche nominatim in der Regel nur die Kinder, d. i. sui zu nennen pflegten, und die Erwägung ihrer beſondern Eigenſchaft der necessaria hereditas, befeſtigte bald die Anſicht, daß nur die sui nominatim exheredirt zu werden brauchten, für Agnaten u. ſ. w. aber inter ceteros exheredatio genüge. Endlich, ſeitdem die Agnaten niemals mehr nominatim genannt wurden, wurde es ganz vergeſſen, daß ſie überhaupt mit unter den ceteri ſeien, und es wurde entſchieden Anſicht, daß nur die sui et necessarii heredes überhaupt enterbt zu werden brauchten. In Beziehung auf dieſe aber fanden ſich nun wieder die Menge Varietäten darüber, ob auch die nepotes, die suae und postumi ſich alle gleich oder unter ihnen noch Unterſchiede ſeien, und ob die Präterition bei allen die gleiche Wirkung habe.

Dieſe Varietäten rührten wieder her aus den Abſtractionen der ſpätern Juriſten von den alten Beiſpielen und Anweiſungen. Dieſe Combinationen mußten, da ſie den wahren Grund der Sache ganz verkannten und einen oder

mehrere falſche ſupponirten, nothwendig ſehr divergent ausfallen.

Es kann ſo ungefähr die zur claſſiſchen Zeit in der Doctrin herrſchende Anſicht (denn in der Praxis herrſchte das Prätoriſche*) Präteritionsrecht) in Folgendem angegeben werden:

1) Sui.**) Der filius suus, hieß es, müſſe nominatim enterbt werden. Wer zuerſt dieſe Form für den suus filius vorſchrieb, meinte dieſelbe für alle sui. Die zur Erleichterung der Formen ſich hinneigende Zeit ſetzte das argumentum a contrario practiſch durch, wenn der suus filius nominatim, ſo brauchten: b) suae et sui nepotes nur inter ceteros enterbt zu werden.

2) Postumi. a) Der postumus masculus mußte nominatim exheredirt werden. Wer das zuerſt für den postumus empfahl, meinte daſſelbe natürlich von der postuma, aber durch die gleiche Argumentation, wie oben, wurde die herrſchende Anſicht: b) bei postumae genüge exheredatio inter ceteros; doch fügten einige Spätere der Sicherheit wegen den Rath hinzu, der Teſtator möge bei einer exheredatio inter ceteros durch Zuwendung eines Legats zeigen, daß er den ſo Exheredirten nicht vergeſſen habe. Es herrſchte nämlich lange vor der claſſiſchen Zeit ſchon die Anſicht, das ganze ausdrückliche Exheredationsrecht ſei eingeführt, um den Teſtator vor einem Ver-

---

*) Gaj. II, 125.

**) Ulp. XXII, 14—17. „Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales, quam adoptivi; item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus. 15. Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum heredum numero sunt. 16. Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus, neque nominatim (quo) exheredatus, non patitur valere testamentum. 17. Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, scriptis heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam.“

geſſen ſeiner Kinder bei der Teſtamentserrichtung zu verwahren. Abgeſehen davon, daß dieſer Grund, wenn er wäre, wie die Juriſten zu ſagen pflegen, abſurd ſein würde, ſo zeigt ſich vielmehr, daß er gar nicht iſt. Denn eine fideicommiſſariſche Zuwendung der ganzen Erbſchaft in demſelben Satze mit der heredis institutio, obgleich ſie hinlänglich beweiſe, daß der Vater bei der heredis institutio an den suus oder postumus gedacht, würde das Teſtament nicht aufrecht erhalten, wenn die Exheredation nicht ausdrücklich und rite geſchehen wäre.

Die Wirkung der Präterition, d. i. alſo des Fehlens einer formell richtigen Exheredation oder Inſtitution war nach der herrſchenden Doctrin der Claſſiker verſchieden: 1) beim suus: a) Präterition des suus filius wirkte abſolute Nullität des ganzen Teſtaments ipso jure. b) Präterition der suae oder sui nepotes bewirkte, wenn ein suus inſtituirt war, daß der praeteritus ihm pro rata accrescirte. Wer da gemeint hatte, daß ſolches Accresciren Statt haben müſſe, meinte das natürlich von allen suis praeteritis und institutis gegen einander und nur von dieſen, und er hielt ſo dafür, weil er als den Grund des ganzen Präteritionsrechts die necessaria hereditas der sui anſah. Denn deswegen, urtheilte er, ſei bei Präterition eines suus das Teſtament null, weil an dem suus als necessarius heres die nicht durch Exheredation ausgeſchloſſene Delation des Geſetzes ipso jure im Moment des Todes wirkſam werde, und der institutus extraneus i. e. non suus alſo immer zu ſpät komme; ſei alſo der institutus auch ein suus und als ſolcher ebenfalls necessarius, ſo accrescire der praeteritus suus dem institutus suus pro rata, d. h. beide erben wie ab intestato. Und nur eine ganz thörichte Argumentation konnte ſagen: alſo wenn bei Präterition eines suus ein extraneus inſtituirt iſt, ſo accrescirt der praeteritus suus dieſem zur Hälfte; denn das allein Richtige im Sinne jenes Urhebers eines ſolchen Accrescenzrechtes wäre geweſen, daß der praeteritus suus den institutus extraneus ganz ausſchließe.

2) **Postumus.** *) Hier galt, daß jede Präterition Nichtigkeit erzeuge, daß jede agnatio postumi das Teſtament rumpire, ex post null mache. Als Agnation eines postumus gilt es aber nicht bloß, wenn durch Geburt ein Kind nach der Teſtamentserrichtung unmittelbar in die Gewalt des Teſtators kommt,**) ſondern auch, wenn ein entfernterer Descendent durch den Tod des zwiſchen ihm und dem Teſtator Stehenden oder ein extraneus durch Adoption, Arrogation ꝛc. unmittelbar wird. Das Militairteſtament iſt gegen das ganze Notherbenrecht privilegirt.***)

---

*) Ulp. XXII, 18—22. „Postumi quoque liberi cujuscunque sexus omissi, quod valuit testamentum, agnatione rumpunt. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascuntur, ex jure civili; si vero viventibus nobis, ex lege Julia. 20. Filius, qui in potestate est, si non instituatur heres, nominatim exheredari debet, reliqui sui heredes utriusque sexus aut nominatim, aut inter ceteros. 21. Postumus filius nominatim exheredandus est: filia postuma, ceteraeque postumae feminae vel nominatim, vel inter ceteros; dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur. 22. Nepotes et pronepotes, ceterique masculi postumi praeter filium, vel nominatim, vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi; sed tutius est tamen nominatim eos exheredari; et id observatur magis.“ Gaj. II, 123—146.

**) Ulp. XXIII, 2. 3. „Rumpitur testamentum mutatione, id est, si postea aliud testamentum jure factum sit. Item agnatione, id est, si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus, neque, ut oportet, exheredatus sit. 3. Adgnascitur suus heres aut adgnascendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo, aut in locum sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio, vel emancipato, aut manumissione, id est, si filius ex prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patris potestatem.“

***) L. 7. L. 8. L. 9. pr. D. de testam. milit. (29, 1).

§ 31.

B. Alt-civiles Pflichttheilsrecht, und Rescission des Testaments durch die Querela inofficiosi testamenti.

Das Pflichttheilsrecht ist das in Rückſicht der Tendenz, Bedingungen, Folgen und Subjecte vom Notherbenrecht ganz verſchiedene, rein materielle Recht gewiſſer Perſonen, die den Teſtator, wenn er nicht teſtirt hätte, ab intestato beerbt haben würden, eine Quote von der Portion zu fordern, welche ſie in jenem Fall ab intestato geerbt haben würden. 1) Die berechtigten Perſonen waren in der Kaiſerzeit a) die Descendenten, einerlei ob sui oder emancipati.*) b) Die Ascendenten. c) Die agnatiſchen Geſchwiſter, welche ab intestato geerbt haben würden, letztere jedoch nur in dem Fall, wo ihnen eine persona turpis vorgezogen war. Ein Notherbenrecht hatten dagegen nicht einmal alle Descendenten, ſondern nur die sui et necessarii. 2) Das, was die Genannten fordern konnten, der Pflichttheil, portio legitima, war ¼ der Inteſtatportion,**) quarta pars portionis

*) pr. § 1 I. de inofficioso testam. (2, 18). „Quia plerumque parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se exheredatos, aut inique praeteritos, hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, quum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est. § 1. Non autem liberis tantum permissum est, testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum. Soror autem et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris Constitutionibus (l. 27 C. de inoff. test. III, 28) praelati sunt; non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere."

**) § 6 I. h. t. (2, 18). „Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario, sive jure legati vel fideicommissi; vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos,

ab intestato debitae. Die Notherben dagegen konnten als ſolche nichts fordern. 3) Es galt gleich, in welcher Form, ob durch heredis institutio oder durch legatum der Pflichttheil zugewandt wurde.*) Das Notherbenrecht fordert ausdrückliche heredis institutio oder exheredatio. 4) Die Ausſchließung der Pflichttheilsberechtigten iſt rechtmäßig, wenn der Ausgeſchloſſene durch ſein Betragen dem Erblaſſer Grund dazu gab. Die Exheredation der Notherben iſt immer ohne Weiteres rechtmäßig. 5) Die Wirkung einer inofficioſen Ausſchließung des Pflichttheilsberechtigten iſt nicht, wie beim Präteritionsrecht, Nullität des Teſtamentes ipso jure, ſondern die Zuſtändigkeit eines Rechtsmittels,**) d. i. der querela inofficiosi testamenti auf Reſciſſion des Teſtaments durch Richterſpruch. Dieſes eigenthümliche Rechtsmittel wurde in älterer Zeit bei dem Centumviralgericht***) angebracht, welches nach ſeinem arbitrairen Ermeſſen entſchied, ob die Ausſchließung mit Recht geſchehen ſei, durch welche Praxis ſich denn allmählig beſtimmte Inofficioſitätsgründe herausſtellten.

Was ferner die Bedingungen und Wirkungen dieſes Rechtsmittels betrifft, ſo ſetzt daſſelbe ein durchaus gültiges Teſtament †) voraus; das wegen Präterition eines suus von Anfang nichtige oder das agnatione postumi ruptum testamentum bedarf keiner Anfechtung und Resciſſion. Das Rechtsmittel wird als durchaus ſubſidiär dem nicht gegeben, der noch ein anderes Mittel hat, um an den Nachlaß zu kommen, daher dem nicht, welcher ſich durch Agnition der bonorum possessio contra tabulas helfen kann. ††) Die querela inoff. test. ver-

---

in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra Constitutio (l. 30 C. eod. III, 28), vel aliis modis, qui Constitutionibus continentur."

*) § 6 I. h. t. (2, 18) cit.

**) pr. I. h. t. (2, 18) cit.

***) L. 13 D. de inoff. test. (5, 2).

†) pr. I. h. t. (2, 18) cit.

††) L. 23 pr. D. de inoff. test. (5, 2). „Si ponas filium emancipatum praeteritum, et ex eo nepotem in potestate re-

jährt in 5 Jahren,*) ſie geht vor der Streitanhängigkeit nicht auf die Erben des Klägers über, und wird nicht bloß durch ausdrücklichen, ſondern auch durch ſtillſchweigenden**) Verzicht verloren. Ganz unanfechtbar durch die querela iſt endlich das Militairteſtament***) und das des filius familias über das peculium castrense oder quasi castrense.

Die Wirkung des Sieges mit der querela iſt immer nur Entfernung des inſtituirten Erben, gegen welchen ſie angeſtellt wurde, erſt in Folge des rescindirenden Erkenntniſſes, welches übrigens ausnahmsweiſe †) manche Dispoſitionen, z. B. Pupillarſubſtitution, beſtehen läßt, ſteht dem Sieger ſeine hereditatis petitio ab intestato auf ſeine volle Portion zu. Obgleich es hier in dem Fall, daß nicht alle Berechtigten klagen, oder daß der Kläger gegen den einen Inſtituirten ſiegt, gegen einen Andern verliert, dahin kommen kann, daß der Erblaſſer zum Theil nach dem Teſtament, zum Theil nach dem Geſetz beerbt wird, ſo iſt das doch keine Uebertretung des Grundſatzes: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“ Denn dieſe Regel bezieht ſich nur auf die Delation, nicht aber auf die Acquiſition.

§ 32.

B. Prätoriſches Notherbenrecht, Bonorum possessio contra tabulas.

Der Prätor berief zu Notherben außer den suis auch diejenigen emancipati, welche ohne Emancipation sui ge-

---

tentum heredem institutum esse, filius potest contra filium suum, testatoris nepotem, petere bonorum possessionem; queri autem de inofficioso testamento non poterit.“

*) L. 8 § 17 D. h. t. (5, 2).

**) L. 8 § 10. L. 10 § 1 D. h. t. (5, 2).

***) L. 8 § 4 D. h. t. (5. 2). „Si quis in militia fecerit testamentum, et intra annum post militiam decesserit, dubito, an, quia ad hoc usque temporis jure militari testamentum ejus valeat, querela inofficiosi cesset; et potest dici, querelam inofficiosi cessare.“

†) L. 21 § 2 D. h. t. (5, 2). L. 8 § 5 D. h. t. (5, 2).

weſen wären, überhaupt die ab intestato im ordo Unde liberi Gerufenen. Alle masculi mußten hier nominatim, nur die feminae konnten inter ceteros enterbt werden. War die Exheredation rite geſchehen, ſo war das Teſtament von dieſer Seite gültig und der Exheredirte war allein auf die Querel verwieſen. War aber eine Präterition geſchehen, ſo war das Teſtament keineswegs ipso jure null, wie nach Civilrecht, aber es wurde dem Präterirten die bonorum possessio contra tabulas deferirt.*) Die Bedingung dieſer Delation iſt, wie bei der civilen Delation der Querel, das Daſein eines, abgeſehen von der Präterition, welche es der bonorum possessio contra tabulas ausſetzt, in allen Beziehungen gültigen Teſtaments.**) Daraus folgt, daß a) ein der bonorum possessio contra tabulas ausgeſetztes Teſtament ein früheres rumpirt,***) und daß b) wenn der contra tabulas Gerufene ſich der bon. possessio nicht bedient, aus dieſem Teſtamente nun bon. poss. secundum tabulas deferirt werden kann und deferirt wird.

Die Wirkung der agnitio bon. poss. contra tabulas iſt nicht, wie bei der civilen Präterition, Unwirkſamkeit des Teſtaments in ſeinem ganzen Umfange, ſondern andere Dispoſitionen außer der immer unwirkſamen heredis institutio bleiben häufig bei Kraft; dahin gehört z. B. die Pupillarſubſtitution†) und die Legate an Ascendenten und Descendenten.

---

*) Ulp. XXII, 23. „Emancipatos liberos, quamvis jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse sit, tamen Praetor jubet, si non instituantur heredes, exheredari, masculos omnes nominatim, feminas vel nominatim vel inter ceteros; alioquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur.“

**) L. 19 D. de bon. poss. cont. tab. (37, 4).

***) L. 12 § 1 D. h. t. (37, 4).

†) L. 34 § 2 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6). „Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt.“

Der Prätor hat kein von der successio contra tabulas verſchiedenes Pflichttheilsrecht; einmal, weil das auf der lebendigen Gewohnheit beruhende und mit derſelben fortſchreitende civile Pflichttheilsrecht ungefähr ſchon gewährte, was in dieſer Beziehung zu wünſchen war; ſodann, weil er durch ſeine bon. poss. contra tabulas, obgleich ſie ein formelles Fundament hatte, ſchon materielle Zwecke erreichte. Ein Hauptzweck für den Prätor war, die emancipati auch hier den suis gleichzuſtellen, hier darin, daß ſie im Fall der ſtillſchweigenden Präterition auch ohne die querela inofficiosi an den Nachlaß kommen konnten. Eine zweite von der des civilen Notherbenrechts abweichende Tendenz war, durch ſeine bon. poss. contra tabulas, die er als eine Species der teſtamentariſchen bonorum possessio betrachtete, die gänzliche Unwirkſamkeit eines Teſtaments wegen Präterition zu verhüten, wodurch er das Notherbenrecht dem Pflichttheilsrecht in einer weſentlichen Beziehung ſchon näher brachte.

§ 33.

C. Neuſtes civiles Notherben- und Pflichttheilsrecht nach der Novelle 115.

Juſtinian hatte ſchon vor dieſer Novelle in Beziehung auf das reine Pflichttheilsrecht zwei Beſtimmungen gemacht: a) der Pflichttheil ſollte ſtatt bisher immer ¼ der Inteſtatportion, jetzt wenn vier und weniger Notherben da wären, ⅓, wenn fünf oder mehrere da wären, ½ der Inteſtatportion betragen.*) b) Der Pflichttheilsberechtigte ſollte nur dann, wenn ihm gar nichts hinterlaſſen, die querela inofficiosi, wenn ihm aber etwas, nur nicht genug hinterlaſſen wäre, nur eine condictio ex lege, jetzt ſ. g. actio ad supplendam legitimam anſtellen dürfen.**)

Durch die Novelle 115, welche das Pflichttheilsrecht der Geſchwiſter beim Alten läßt, hat Juſtinian in Beziehung auf pflichttheilsberechtigte Ascendenten und Descenden-

---

*) Nov. 18 c. 1.

**) L. 36 C. de inoff. test. (3, 28).

ten das ehemals getrennte Notherbenrecht und Pflichttheilsrecht in Eins vereinigt, oder er hat den Pflichttheilsberechtigten ihr Pflichttheilsrecht zu einem Notherbenrecht, den Notherben ihr Notherbenrecht zu einem Pflichttheilsrecht gemacht. Das Notherbenrecht iſt nicht bloß formelles mehr, die Exheredation kann nur aus materiellen Gründen geſchehen. Das Pflichttheilsrecht der Ascendenten und Descendenten iſt nicht mehr etwas bloß Materieles, ſondern die Ausſchließung wie die Honorirung ſoll in beſtimmter Form geſchehen.

Alle pflichttheilsberechtigten Ascendenten und Descendenten ſollen 1) entweder auf ihren Pflichttheil als heredes inſtituirt werden, — es genügt nicht mehr ein Vermächtniß des Pflichttheils —, oder 2) ſie ſollen, Ascendenten wie Descendenten, a) in formeller Weiſe ausgeſchloſſen werden, d. i. feminae wie masculi ſollen nominatim*) exheredirt werden, und zwar b) nur aus beſtimmten geſetzlichen Gründen,**) deren es für Ascendenten gegen Descendenten

---

*) § 5 I. de exheredatione liberorum (2, 13). „Sed haec quidem vetustas introducebat; nostra vero Constitutio (l. ult. C. de liber. praeterit. VI, 28.) inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans, (quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur, et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod et Praetores postea secuti esse videntur) ideo simplex ac simile jus et in filiis, et in filiabus, et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum natis, sed etiam postumis, introduxit; ut omnes sive sui, sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur.“

**) Nov. 115 c. 3 pr. „Sancimus igitur, ne liceat ullo modo patri aut matri, avo aut aviae, proavo aut proaviae filium suum, aut filiam, aut reliquos liberos in testamento suo praeterire vel exheredare, etsi qualibet donatione, vel legato, vel fideicommisso, vel alio quolibet modo partem legibus illis debitam dederint, nisi forte ingrati probentur, et parentes ipsas ingratitudinis causas nominatim in testamento suo scripserint. Sed quia causae, ex quibus liberi ingrati judicari debent, in diversis legibus dispersas nec clare

14,*) umgekehrt 8 giebt; und c) der Enterbungsgrund ſoll ausdrücklich angeführt ſein, und muß ſich endlich d) als wahr erweiſen. Wenn von den genannten Erforderniſſen Etwas fehlt, ſo iſt Präterition eines Notherben vorhanden, und daher bedarf es nicht erſt einer querela inofficiosi testamenti auf Rescisſion, ſondern es iſt wegen Präterition eines civilen Notherben ipso jure Nichtigkeit vorhanden; aber die Nullität erſtreckt ſich nicht auf das ganze Teſtament, ſondern nur auf die heredis institutio; ähnlich wie bei dem alten reinen Pflichttheilsrecht und bei dem prätoriſchen Notherbenrecht, deren nur ausnahmsweiſe in Beziehung auf die Gültigkeit der übrigen Dispoſitionen geltendes Recht hier zur Regel und zum Princip gemacht iſt, denn alle gültigen Dispoſitionen außer der heredis institutio bleiben bei Kraft.**)

---

expressas invenimus, (quarum quaedam ad ingratitudinem ne sufficere quidem nobis visae, aliae vero, licet sufficerent, praetermissae sunt) propterea necessarium esse nobis visum est, praesente lege illas nominatim comprehendere, ut praeter eas nemini liceat ex alia lege ingratitudinis causam opponere, nisi illas, quae serie praesentis constitutionis continentur."

*) Nov. 115 c. 3 § 1—14; c. 4.

**) Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. „Itaque sive omnes dictas ingratitudinis causas, sive eas, quae ex illis manifestae sunt, sive unam parentes in suo testamento scripserint, et scripti heredes expressam vel expressas causas, vel unam ex illis veram esse ostenderint, testamentum vim suam habere jubemus. Si vero haec non observata sint, liberis exheredatis nullum praejudicium fiat, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento infirmato, ad hereditatem parentum liberi ab intestato aequis partibus veniant, ne liberi fictis accusationibus condemnentur, vel circumscriptionem quandam in bonis parentum sustineant. Si tamen contingat, ut in ejusmodi testamentis legata quaedam, vel fideicommissa, vel libertates relinquantur, aut tutores dentur, vel alia quaecunque capita legibus probata nominentur, illa omnia impleri, iisque dari jubemus, quibus relicta sunt, quasi ab hac parte testamentum non eversum valeat."

§ 34.

Einige Hauptgründe der Nichtigkeit oder Unwirkſamkeit teſtamentariſcher und geſetzlicher Delation.

A. Teſtamente können auf verſchiedene Weiſe nichtig oder unwirkſam ſein oder werden.*) 1) Nullum, injustum, non jure factum, heißt das Teſtament, welches wegen eines weſentlichen Mangels, z. B. wegen mangelhafter oder gänzlich fehlender Erbeseinſetzung, wegen Mangel der gehörigen Zeugenzahl oder Zeugnißunfähigkeit einzelner Zeugen bei der Errichtung von Anfang an nicht vorhanden war. 2) Irritum iſt das von Anfang an gültige Teſtament, welches hinterher, namentlich dadurch nichtig geworden iſt, daß der Teſtator die testamenti factio verlor.**) 3) Destitutum iſt ein Teſtament, welches unwirkſam blieb, weil Niemand aus demſelben die Erbſchaft antrat. 4) Rescissum, wenn es in Folge der querela inofficiosi testamenti durch Rechtſpruch umgeſtoßen iſt. 5) Ruptum iſt das von Anfang gültige Teſtament, welches a) durch Agnasciren eines postumus, oder b) durch Errichtung eines zweiten Teſtaments hinterher nichtig geworden iſt.***) Daß der Teſtator bis an ſeinen Tod ſeinen teſtamentariſchen und jeden andern letzten Willen aufheben kann, liegt im Begriff der

---

*) L. 1 D. de injusto, rupto, irrito facto testamento (28, 3). „Testamentum aut non jure factum dicitur, ubi sollemnia juris defuerunt, aut nullius esse momenti, quum filius, qui fuit in patris potestate, praeteritus est, aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel agnatione sui heredis, aut in irritum constituitur non adita hereditate.“

**) Ulp. XXIII, 4. „Irritum fit testamentum, si testator capite diminutus fuerit, aut si, jure facto testamento, nemo exstiterit heres.“ § 4 I. quib. mod. test. infirm. (2, 17).

***) Ulp. XXIII, 2. „Rumpitur testamentum mutatione, id est, si postea aliud testamentum jure factum sit. Item adgnatione, id est, si suus heres adgnascatur, qui neque heres institutus, neque, ut oportet, exheredatus sit.“ § 2. 3 I. h. t. (2, 17).

ultima voluntas; daß er durch ein zweites Teſtament das erſte vernichtet, folgt aus der in jedem Teſtament nothwendigen directen Univerſalſucceſſion, welche nur eine ſein kann, weshalb denn mehrere Codicille auch neben einander beſtehen können.*) c) Endlich kann der Teſtator, wenn das Teſtament ein ſchriftliches war, durch wirkliche Vernichtung der Schrift daſſelbe rumpiren.**) Durch bloßen Widerruf aber, ſelbſt in der Form des Errichtungsactes kann ein Teſtament nicht vernichtet werden. Wenn jedoch nach der Errichtung 10 Jahre verfloſſen ſind, ſoll utilitatis causa ein Widerruf vor drei Zeugen vollſtändig wirkſam ſein.***)

B. Vermächtniſſe fallen in der Regel†) mit dem Teſtament oder Codicill, in welchem ſie hinterlaſſen ſind, wenn dieſe nichtig und unwirkſam ſind oder werden. Die Vermächtniſſe können aber auch für ſich allein, z. B. des Gegenſtandes oder des Honorirten wegen, oder durch eine Willensänderung des Erblaſſers vernichtet werden. Dieſe bedarf keiner beſtimmten Form und iſt entweder eigentliche ademptio, d. i. bloße Aufhebung des bisherigen Vermächtniſſes, oder translatio, d. i. Verwandlung eines Legats in ein anderes, welche durch jede rechtlich mögliche Aenderung des Gegenſtandes, der Perſon des Honorirten, Onerirten oder der Modalität der Auflage geſchieht.††)

---

*) § 3 I. de codicillis (2, 25).

**) L. 1. 2 D. de his quae in testamento delentur (28, 4). L. 30 C. de testam. (6, 23).

***) L. 27 C. de testam. (6, 23).

†) L. 28 D. de inoff. test. (5, 2).

††) pr. § 1 I. de adempt. et translat. legator. (2, 21). „Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si quod ita quis legaverit: „Do, lego," ita adimatur: „Non do, non lego," sive non contrariis, id est aliis quibuscunque verbis. § 1. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: „Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo

Endlich können letztwillige Delationen von Erbrechten und Vermächtniſſen, ſo gut wie geſetzliche Delationen unwirkſam werden durch ein Verſchulden des Honorirten. Die Geſetze zählen nämlich eine Menge von Gründen auf, welche Einen unwürdig, indignum machen, Erbſchaften oder Vermächtniſſe zu erwerben.

Gewiſſe Vergehen begründen allgemeine Indignität für Vermächtniſſe und Erbſchaften. Z. B. wenn der Succeſſionsberechtigte den Erblaſſer tödtete, oder ihm nach dem Leben trachtete, oder erfolglos die querela inoff. testam. gegen das Teſtament anſtellte. Andere gelten allein für Erbberechtigte, z. B. wenn der Erbe bei Lebzeiten des Erblaſſers einen Vertrag über die Erbſchaft ſchloß, oder wenn er unterließ, den Mörder des Erblaſſers gerichtlich zu verfolgen. Andere gelten allein für Vermächtnißnehmer, z. B. wenn der Honorirte das ihm Vermachte geſtohlen hat. Das, was dem indignus ſo entriſſen wird, das ereptitium fällt bald an den Fiscus, bald an Onerirte, Mithonorirte oder an die Inteſtaterben. *)

Drittes Capitel.

Erwerb des Nachlaſſes.

I. Erwerb des Erbrechts, adquisitio hereditatis.

§ 35.

A. Verſchiedene Arten und Bedingungen des Erwerbes.

1) Für alle diejenigen Perſonen, welche durch den Tod des Erblaſſers sui juris und Erben wurden, erhielt ſich der alte Grundſatz, daß der Erwerb ohne ihre Erklärung von ſelbſt geſchehe; für die sui et necessarii wurde er zwar durch das

do lego," sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur et Sejo dari."

*) De his, quae ut indignis auferuntur D. (34, 9). De his, quibus ut indignis hereditates auferuntur. C. (6, 35).

beneficium abstinendi dem Erfolge nach aufgehoben, für die necessarii aber, die Sclaven, blieb durchaus das alte Recht.*)

2) Für alle andern, d. i. extranei heredes war es von jeher Rechtens, daß ſie nur durch eignen freien Willen Erben werden konnten, d. h. voluntarii heredes. Dieſer Wille konnte ſich auf zweierlei Weiſe wirkſam äußern a) durch eigentliche aditio hereditatis, d. i. ausdrückliche Erklärung, Erbe ſein zu wollen; b) durch pro herede gerere, d. i. durch concludente Handlungen, welche die Abſicht erkennen laſſen.**)

Eine Erbſchaftsantretung kann nur von denen vorgenommen werden, welche vollſtändige Handlungsfähigkeit haben. Unmündige Kinder in der Gewalt werden von ihrem Vater vertreten; Pupillen müſſen tutore auctore***) antreten. Bisweilen kann hier wegen augenblicklicher Unfähigkeit der Gerufenen ein interimiſtiſcher, die Wirkſamkeit des Erbgangs ſuspendirender, Zuſtand eintreten. 1) Wenn der Gerufene ein als extraneus gerufener furiosus iſt, — denn als suus et necessarius erwirbt er ipso jure†) — ſo ſoll der Curator ihn hier nicht vertreten dürfen, ſondern es wird ihm einſt-

*) Gaj. II, 152. 153. 154. Gaj. II, 157. 158. Ulp. XXII, 24.

**) § 7 I. de heredum qualitate (2, 19). „Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandove, et quoquo modo si voluntatem suam declaret, vel re, vel verbis de adeunda hereditate.“

***) L. 9 § 3 D. de auctorit. et consens. tut. (26, 8). „Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum.“

†) § 3 I. de hereditat. quae ab intestato (3, 1). „Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes, et licet furiosi sint, heredes possunt existere; quia, quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis et furiosis acquiri potest.“

weilen eine interimiſtiſche immissio in bona gegeben, welche entweder durch ſeinen Tod oder durch ſeine Heilung, nach welcher er ſich durch Antretung oder Ausſchlagung erklären muß, beendet wird.*) 2) Wenn der Gerufene noch in utero iſt, ſo wird der ſchwangeren Frau eine vorläufige Immiſſion und zwar wegen der Möglichkeit einer Drillingsgeburt auf drei Portionen gegeben, bonorum possessio ventris nomine.**) 3) Wenn der gerufene impubes nicht antreten kann, weil ihm die Rechtmäßigkeit ſeiner Geburt beſtritten wird, ſo ſoll ihm eine interimiſtiſche Immiſſion bis zur Pubertät gegeben werden, damit er den Proceß über ſeinen Status ſelbſt führen könne, bonorum poss. ex Carboniano edicto.***).

Das neuere Civilrecht hat ſo wenig, wie das alte, ipso jure laufende peremtoriſche Friſten für die Antretung, welche eben ſo leicht die Antretung ganz ausſchließen, als befördern konnten. Deshalb waren auch die Friſten des Prätors für die agnitio der bonorum possessio nur in Rückſicht des interdictum quorum bonorum, nicht aber in Rückſicht des civilen Erbrechts peremtoriſch gemeint; denn der Prätor will oft im Intereſſe der Gläubiger lieber eine ſpäte, als gar keine Antretung. Von alter Zeit her aber war es Sitte, in dem Teſtamente dem Inſtituirten und Subſtituirten ſolche Friſten zu ſetzen, innerhalb welcher er ſich in ſolenner Weiſe erklären mußte, tempus cretionis, cretio.†) Doch hob ſchon

---

*) L. 7 § 3. 8 C. de curatore furiosi (5, 70).

**) L. 7 pr. D. de ventre in poss. (37, 9). L. 3. 4 D. si pars hereditatis petatur (5, 4).

***) L. 1 pr. L. 2 L. 3 pr. D. de Carboniano edicto (37, 10).

†) Gaj. II, 164—173. Ulp. XXII, 27—30. „Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne, velut: „Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque. Nisi ita creveris, exheres esto.“ 28. Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: „cum me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.“ 29. Sine cretione heres in-

Theodoſius *) dieſes die Antretung eben ſo leicht hindernde, als fördernde Recht auf.

Da aber häufig, entweder weil ſubſtituirte Teſtamentserben oder Inteſtaterben zweiten Grades die Erbſchaft gerne antreten möchten, wenn der Vorſtehende ſie ausſchlüge, oder weil die Gläubiger vorherſehen, daß der Zögernde doch am Ende nicht antreten wird, daß die Zögerung den Werth des Nachlaſſes verringert, daß der Gerufene ſo unvermögend und verſchuldet iſt, daß er durch die Antretung ihre Ausſichten nicht verbeſſern wird, da in ſolchen und ähnlichen Fällen eine Beſchleunigung der Erklärung billig iſt, ſo hatte die Praxis es eingeführt, daß der gerufene Erbe, der auf ſolche Weiſe durch das Intereſſe Dritter gedrängt wurde, gezwungen werden konnte, ſich entweder ſogleich zu erklären, oder ſich vom Prätor eine peremtoriſche Friſt zur Ueberlegung, tempus deliberandi, zu erbitten. **) Und da wurde, wenn die Friſt ohne ausdrückliche Erklärung verſtrich, falls die Gläubiger und Vermächtnißnehmer drängten, Antretung, wenn nachſtehende Erben drängten, Ausſchlagung angenommen.

---

stitutus, si constituerit, nolle se heredem esse, statim excluditur ab hereditate, et amplius eam adire non potest. 30. Cum cretione vero heres institutus, sicut cernendo fit heres, ita non aliter excluditur, quam si intra diem cretionis non creverit. Ideoque etiam si constituerit nolle se heredem esse, tamen, si supersint dies cretionis, poenitentia actus, cernendo heres fieri potest."

*) L. 17 C. de jure delib. (6,30). „Cretionum scrupulosam solemnitatem hac lege penitus amputari decernimus."

**) L. 1 § 1. 2. l. 2. 3. 4. D. de jure delib. (28, 8). „Ait Praetor: „Si tempus ad deliberandum petet, dabo." § 2. Quum dicit tempus, nec adjicit diem, sine dubio ostendit, esse in jus dicentis potestate, quem diem praestituat. L. 2. Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. L. 3. Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam saepius diem ad deliberandum datum esse, dum Praetori suadetur, tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse; L. 4. sed hoc impetrari non debet, nisi ex magna causa."

§ 36.

B. Wirkung der Erbſchaftsantretung.

Die Wirkung der Antretung, nach dem einmal vom Rechte recipirten abſoluten Repräſentationsprincip, iſt: Aufnahme der ganzen vermögensrechtlichen Perſönlichkeit des Erblaſſers in die des Erben. Die Folge dieſes Princips iſt, 1) daß alle, zwiſchen ihnen beiden Statt habenden, dinglichen und obligatoriſchen Rechtsverhältniſſe erlöſchen;*) 2) daß alle Vermögensrechte und Verbindlichkeiten, welche der Erblaſſer hatte, und welche er durch letztwillige Verfügung auf ſeinen Nachlaß legte, auf den Erben übergehen, nicht aber der Beſitz des Erblaſſers, denn der Beſitz fordert natürliche**) Wirklichkeit, und wird, anders als zur Strafe, niemals fingirt. In Rückſicht der Schulden des Erblaſſers haftet alſo der Erbe nicht bloß bis zum Beſtand der Maſſe, ſondern vollaus;***) denn er hat nicht die Güter bloß erhalten, ſondern die Perſönlichkeit,†) nicht allein was der Erblaſſer hatte, ſondern was er konnte. Das alte Recht entſchied ſich zu Gunſten der Gläubiger für dieſe abſolute Repräſentation, weil jene ſonſt ſehr leicht durch das Vorgeben, der Nachlaß ſei zur Deckung der Schulden nicht ausreichend geweſen, um das Ihrige hätten kommen können. Zu-

---

*) L. 75 D. de solutionibus (46, 3). „Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes perimit actiones, ita et confusio; nam si debitor heres creditori extiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem.“ L. 71 D. de fidejussorib. (46, 1).

**) L. 23 pr. D. de adquir. vel amit. poss. (41, 2). „Quum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.“

***) L. 8 pr. D. de adq. vel omit. hered. (29, 2). „More nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt; hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est.“

†) Vgl. § 1 pag. 664; § 2 pag. 668.

ſtinian aber entſchied, daß, wenn den Gläubigern gegen ſolche Unredlichkeit des Erben Garantie gegeben würde, die Repräſentation nur das Vermögen, wie es im Moment der Acquiſition wirklich ſei,*) betreffen, daß der Erbe nicht weiter als die Maſſe reicht, den Gläubigern gehalten ſein, und ſeine eigenen Forderungen nicht confundirt werden ſollen. Der Erbe ſoll die Perſönlichkeit, wie ſie im Moment des Todes iſt, weil ſie da noch iſt, erhalten; aber nicht die Perſönlichkeit fortſetzen, ſo weit ſie nicht mehr iſt, wieder weil ſie nicht iſt, er kann vom Erblaſſer nicht erworben haben, was dieſer ſelbſt noch nicht wirklich war und wirklich hatte.

§ 37.

Beneficium inventarii und Deliberation des Erben nach neuſtem Recht.

Die Gefahren, welche das, bei dem abſoluten Repräſentationsprincip dem Erben billigerweiſe nicht zu verſagende, Deliberationsrecht den Gläubigern und Vermächtnißnehmern und nachſtehenden Erben brachte, bewogen Juſtinian, durch eine die Gläubiger nicht gefährdende Einſchränkung des Repräſentationsprincips das alte, Dritten nachtheilige Deliberationsrecht entbehrlich und weniger vortheilhaft für den Erben zu machen. Denn die Deliberation brachte immer, auch wenn der Erbe nachher antrat, den Nachtheil der Zögerung, und wenn er ausſchlug, außerdem noch die Gefahr, daß den Gläubigern und anderen Intereſſenten eine durch

---

*) § 6 I. de hered. qualitate (2, 19). „Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium praestavit, et Constitutionem (l. 22 C. de jure delib. VI, 30) tam aequissimam, quam nobilem scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet iis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contigerit; ut ex hac causa neque deliberationis auxilium iis fiat necessarium, nisi omissa observatione nostrae Constitutionis et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.“

Verwahrloſung und Diebſtahl verringerte Maſſe ausgeliefert würde.

Deshalb empfiehlt Juſtinian allen Erben, das Deliberiren gänzlich zu unterlaſſen, und das von ihm angebotene durchaus ſichere Recht der unverzögerlichen Antretung mit Errichtung eines Inventars zu wählen.*)

A. Reines Inventarrecht. Um die Vortheile dieſes neuen Rechts zu genießen, ſoll der Erbe, dem der Stand der Erbmaſſe nicht ſo vollſtändig liquide, daß er ſich ohne Weiteres für Antretung oder Ausſchlagung erklären kann,**) ſondern zweifelhaft iſt, dennoch 1) ſofort, d. h. 30 Tage nachdem er den Anfall erfahren, antreten,***) und wenn er anweſend iſt, innerhalb 60 Tagen vom Ablauf der 30 Tage angerechnet, wenn er abweſend iſt, innerhalb eines Jahres†) vom Tode des Teſtators an, unter Zuziehung von Notaren, auch im Uebrigen in rechter Form ein Inventarium über den Stand der Erbmaſſe vollenden. Wenn der Erbe durch dieſe Beobachtung den Zeitverluſt und den Verdacht der Unterſchlagung vermieden hat, ſo ſoll er die Vortheile haben: a) daß er während der Inventarerrichtung durch keine Klage moleſtirt werden darf.††) b) Daß er nach Vollendung des Inventars die Gläubiger und

---

*) L. 22 C. de jure deliberandi (6, 30).

**) L. 22 § 1 C. l. l. (6, 30).

***) § 2 l. l. „Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit, nec ne, defuncti hereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies, post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos, exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Et hoc inventarium intra alios sexaginta dies modis omnibus impleatur sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt."

†) § 3 l. l.

††) § 11 l. l.

Vermächtnißnehmer ohne Rückſicht auf ihr Vorzugsrecht in der Ordnung befriedigt, in welcher ſie ſich melden, und es ihnen überläßt, ihre Vorzüge gegen einander geltend zu machen.*) c) Daß er den Gläubigern nur haftet bis zum Beſtand der Maſſe.**) d) Daß er ſeine eignen Forderungen ſogar nach Ordnung ihrer Privilegien geltend machen kann.***) e) Daß er natürlich gegen Vermächtnißnehmer das Recht auf die Falcidia behält. Doch ſteht es den Gläubigern und Vermächtnißnehmern frei, wenn ſie trotz des Inventars Verdacht hegen, dem Erben in Ermangelung anderer Beweiſe den Eid darüber, daß Nichts unterſchlagen ſei, abzuverlangen.†) So gewiß nun durch die ſofortige Antretung mit Inventar der Erbe vor allen Nachtheilen geſichert iſt, ſo kann er doch möglicher Weiſe auch ohne allen Vortheil aus der Sache gehen, den ganzen Nachlaß auskehren müſſen, und Zeit und Mühe umſonſt geopfert haben. Deshalb hob Juſtinian das immer noch beliebte Deliberationsrecht nicht ganz auf,

---

*) § 5 l. l.

**) § 4 l. l. „Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed et si legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione.“

***) § 9 l. l. „In computatione autem patrimonii damus ei excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.“

†) § 10 l. l.

ſondern ließ es, als das weniger vortheilhafte, in folgender Weiſe neben dem reinen Inventarrecht zur Wahl des Erben ſtehen.

B. Das Deliberationsrecht mit und ohne Inventar. Es darf vom Kaiſer eine jährige, vom Gerichte eine 9monatliche, unter keinen Umſtänden zu verlängernde, Deliberationsfriſt erbeten werden.*) 1) Wer Deliberation gewählt hat, daneben aber in gehöriger Weiſe ein Inventar aufgenommen**) und ſich dadurch als redlich gezeigt hat, iſt, wenn er antritt, allen Gläubigern nach dem alten Rechte, welches er ja ſtatt des neuen Rechts der unbedingten Antretung mit Inventar ſelbſt gewählt hat, in solidum gehalten, kann aber natürlich, durch das Inventar

---

*) § 13 l. l. „Et haec quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam curaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, et debere ei derogari; quum enim liceat et adire hereditatem, et sine damno ab ea discedere ex praesentis legis auctoritate, quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare, et eandem deliberationem flebilibus assertionibus repetita prece saepius accipere; ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemtores, indulgemus quidem eis, petere deliberationem, vel a nobis vel a nostris judicibus, non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero judicibus novem mensibus, ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur, sed etsi fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim et non saepius eam peti concedimus.“

**) § 14 l. l. „Sin autem hoc aliquis fecerit (i. e. deliberationem elegerit) et inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere), non liceat ei post tempus praestitutum, si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur.“

gegen Verdacht der Unterſchlagung gerechtfertigt, gegen die Legatare die Falcidia gleichfalls nach dem alten Recht geltend machen. Wenn er ausſchlägt, hat er nach dem Inventar, das er wieder auf Verlangen der Intereſſenten durch ſeinen Eid beſtätigen muß, den Nachlaß dieſen abzuliefern. 2) Wer aber deliberirt und kein Inventar errichtet, der muß, wenn er antritt, nicht bloß die Gläubiger nach dem alten Rechte vollaus befriedigen, ſondern ſoll zur Strafe für die Zögerung und ſeinen verdächtigen Leichtſinn ſelbſt den Vermächtnißnehmern die Quart nicht abziehen. Wenn er ausſchlägt und demnach den Gläubigern, Vermächtnißnehmern und andern Intereſſenten den Nachlaß ausliefert, ſo ſoll er, als der Unterſchlagung verdächtig, ſich gefallen laſſen, daß jene durch ihren, vom Richter übrigens zu ermäßigenden, Eid den Werth des Verlornen oder Unterſchlagnen ſchätzen. *)

C. Wer, ohne ein Inventar errichtet und ohne deliberirt zu haben, antritt, wird ganz nach dem alten Recht behandelt, er haftet für die Schulden in solidum; kann den Vermächtnißnehmern aber die Quart abziehen. **)

§ 38.

Transmiſſion des Erbrechts.

Obgleich das Recht zur Antretung einer Erbſchaft, als ein höchſt perſönliches, nicht auf die Erben des Gerufenen

---

*) § 14 l. l. „Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel adierit hereditatem vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur. Quodsi post deliberationem recusaverit, inventario minime conscripto, tunc res hereditatis creditoribus vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur, quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a judice statuenda.“

**) § 12 l. l.

übergeht,*) ſo giebt es doch ausnahmsweiſe ein ſolches Transmiſſionsrecht, d. i. das Recht eine nur deferirte, aber noch nicht erworbene Erbſchaft auf ſeine Erben zu übertragen, oder vielmehr das Recht aus einer Delation auf ſeine Erben zu übertragen. Durch dieſe Transmiſſion wird dann in dem Fall, wo mehrere Erben gerufen waren, das Accrescenzrecht der mit dem Transmittirenden Gerufenen, ſo wie auch eine etwanige Subſtitution ausgeſchloſſen. Von einer successio gradus iſt aber dies Recht handgreiflich genug dadurch unterſchieden, daß durch dieſe der dem Ausfallenden nächſte Erbe des Erblaſſers, durch Transmiſſion der Erbe des Erben zur Succeſſion gelangt. Die einzelnen Fälle ſind: a) Die ſ. g. Transmissio ex capite infantiae.**) Wenn das Kind, welchem die Erbſchaft deferirt war, bevor der Vater für daſſelbe angetreten hatte, in der infantia ſtirbt, ſoll für den Vater die Delation fortdauern. b) Die ſ. g. Transmissio Theodosiana. Descendenten, welche durch das Teſtament ihrer Ascendenten gerufen ſind, ſollen dieſe Delation auf ihre Descendenten vererben.***) c) Transmissio Justinianea. Wenn der Erbe während der erbetenen Deliberationsfriſt ſtirbt, ſo ſoll er ſeine Rechte aus der Delation für die noch übrige Zeit der Friſt auf ſeine Erben transmittiren. Hatte aber der Erbe, nachdem er den Anfall erfahren, keine Deliberationsfriſt erbeten, aber auch nicht repudiirt, und ſtarb während des Jahres nach der Delation, ſo ſoll ihm das Jahr, welches er zur Deliberation hätte erbitten können, inſoweit als Deliberationsfriſt angerechnet werden, daß während des Reſtes des Jahrs ſeine Erben aus ſeiner Delation antreten können.†) d) Die ſ. g.

*) L. un. § 5 C. de caduc. toll. (6, 51). „Hereditatem etenim nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur.“

**) L. 18 § 1 C. de jure delib. (6, 30).

***) L. un. C. de his qui ante apertas tabulas (6, 52).

†) L. 19 C. de jure delib. (6, 30).

Transmissio ex capite in integrum restitutionis. Wenn der Erbe ſelbſt wegen entſchuldbarer Abweſenheit oder wegen rechtlicher Hinderniſſe nicht antreten konnte, ſoll er auf ſeine Erben transmittiren. Fälſchlich würde man das Recht des suus, die deferirte Erbſchaft weiter zu vererben, ein Transmiſſionsrecht nennen; denn der suus hat immer zugleich ſchon acquirirt, was ihm deferirt iſt. Transmittiren heißt hier aber, ein bloß deferirtes, noch nicht acquirirtes, Erbrecht vererben.

§ 39.

Verkauf einer Erbſchaft.

Das alte Recht geſtattete eine wirkliche Veräußerung des deferirten Anſpruchs auf eine Inteſtaterbſchaft durch in jure cessio, ſo daß der Erwerber die directe hereditatis petitio und die Erbſchaftsforderungen und Schulden erwarb, *) wogegen nach neuerm Rechte das bloß deferirte Erbrecht aus denſelben Gründen, aus welchen es nicht auf die Erben transmittirt wird, auch nicht inter vivos veräußert werden kann.

Aber weder nach altem, noch nach neuerem Recht kann ein ſchon erworbenes Erbrecht veräußert werden; denn der defunctus iſt beerbt, und Niemand kann zum zweiten Mal beerbt werden. Wenn es dennoch heißt, daß eine hereditas verkauft

---

*) Gaj. II, 35. 36. „Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post aditionem vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero ejus hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in jure cessa fuissent. § 36. Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in jure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, si post aditionem in jure cedat.“ Ulp. XIX, 11—15.

werden könne, ſo iſt der Sinn nur, daß der Erbe das factiſche Ergebniß der juriſtiſch in ſeiner Perſon bleibenden Univerſalſucceſſion auf einen Andern für ein beſtimmtes Pretium durch Kauf oder anderweitig übertragen könne. *) Der Verkäufer bleibt heres und behält die hereditatis petitio, die Forderungen, die Schulden, und die Vermächtnißzahlungen. Da er aber nach dem Sinn des Contracts ſchuldig iſt, nicht bloß die Erbſchaftsſachen auf den Käufer zu Eigenthum zu übertragen, ſondern auch die Erbſchaftsklagen und ſelbſt die hereditatis petitio zu cediren, ſo können dieſe Klagen insgeſammt utiliter vom Käufer angeſtellt werden. Schuldner der Erbſchaftsgläubiger aber kann der Käufer nur durch Delegation werden. **) Zur Sicherung wegen künftiger lucra und damna werden stipulationes inter emtorem et venditorem hereditatis in der Weiſe und Abſicht, wie die stipulationes partis et pro parte geſchloſſen, vermöge welcher der Käufer ſchuldig iſt, die Laſten und Koſten der Erbſchaft ganz oder zu der Rate zu tragen, die er gekauft hat. ***) Der Verkäufer dagegen iſt ſchuldig, allen Gewinn aus der Erbſchaft, welcher ausdrücklich oder nach bona fides ſtillſchweigend beim Verkaufe

---

*) L. 2 pr. D. de heredit. vel act. vendita (18, 4). „Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset; plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.“

**) L. 2 C. de hereditate vel act. vend. (4, 39). „Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis, te convenire volentibus, tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.“

***) L. 2 § 9 D. h. t. (18, 4). „Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.“

gemeint oder wirklich gemacht iſt, auszuliefern, oder ſo weit er durch ſeine Schuld nicht gemacht wurde, zu erſetzen;*) zu dem ſtillſchweigend Gemeinten kann aber nicht Dasjenige gerechnet werden, was dem Verkäufer nach perfectem Vertrage durch Accrescenzrecht oder Subſtitution anfällt.**)

C. Rechtsmittel des Erben.

§ 40.

A. Poſſeſſoriſche.

1) Interdictum quorum bonorum. Dieſes Rechtsmittel, welches urſprünglich dazu dienen ſollte, dem Erben vor anderen nicht Erbberechtigten, und vor den nicht die bonorum possessio agnoscirenden Erben zum Beſitze des Nachlaſſes zu verhelfen, hat, nachdem der Grundſatz feſt ſtand, daß der Erbe allen andern im Beſitze eines Nachlaſſes vorgehe, ſeinen Character weſentlich verändert. Daſſelbe ſteht im neuſten Recht jedem Erben zu, erfordert aber den Beweis des Erbrechts***) und geht, wie die hereditatis petitio, nur gegen den, der pro herede oder pro possessore beſitzt,†) hat aber nur die corpora

---

*) L. 2 § 4. 5. D. h. t. (18, 4).

**) L. 2 § 1 D. h. t. (18, 4). „In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, quum aditur hereditas, an ea, quae fuit, quum hereditas venundatur, videndum erit. Et verius est, hoc esse servandum, quod actum est; plerumque autem hoc agi videtur, ut, quod ex hereditate pervenit, in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.“

***) L. 1 C. Quor. bon. (8, 2). „Hereditatem ejus, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, judicibus, qui super ea re cogorituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.“

†) L. 2 C. h. t. (8, 2). „Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae recte, petita bonorum possessione, quae-

hereditatria*) und zwar nur die universitas corporum zum Gegenſtande,**) d. h. nicht, daß es nicht gegen Beſitzer einzelner Sachen, ſondern, daß es nur von dem, welcher die universitas corporum als heres in Anſpruch nimmt, angeſtellt werden kann.

2) Das ſ. g. Remedium ex lege Ultima C. de edicto Divi Hadriani tollendo. Durch dieſes Rechtsmittel kann der inſtituirte Erbe, welcher ein äußerlich fehlerfreies Teſtament vorzeigt, Einweiſung in den Beſitz der Erbſchaft fordern, und ſich dadurch zum Beklagten im etwanigen petitoriſchen Proceſſe machen.***)

B. Petitoriſche.

§ 41.

1. Hereditatis petitio.

Die hereditatis petitio s. vindicatio iſt das petitoriſche dingliche Rechtsmittel, durch welches der Erbe um ſein Erbrecht ſtreitet. 1) Kläger iſt der Erbe, ſei er heres ex asse oder ex parte.†) 2) Beklagter iſt der Beſitzer der Erb-

---

sisti successionem, ac negotium integrum est, quae quum moreretur ejus fuerunt, secundum interdicti Quorum bonorum tenorum ab his, qui pro herede vel pro possessore possident dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet."

*) L. 2 D. quor. bonor. (43, 2). „Interdicto Quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores."

**) L. 1 § 1 D. h. t. (43, 2). „Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet; et appellatur Quorum bonorum, et est adipiscendae possessionis universorum bonorum."

***) L. 3 C. de edicto Divi Hadriani toll. (6, 38).

†) L. 10 § 1 D. de hered. petit. (5, 3). „Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem hereditatem suam esse totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio judicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum, si ex asse sit heres, aut pro parte, ex qua heres est."

ſchaft oder einzelner Erbſchaftsſachen, aber nicht als ſolcher, ſondern nur derjenige a) der pro herede beſitzt, d. h. mit dem Vorgeben ſelbſt Erbe zu ſein; denn Erbrecht kann nicht anders eigentlich beſtritten werden als durch die Behauptung eines eigenen Erbrechts; oder b) der pro possessore s. pro praedone beſitzt, d. h. der gar keinen Grund ſeines Beſitzes und ſeiner Weigerung angeben will. *) Denn es iſt billig, daß er herausgebe, wenn der Kläger ſein Erbrecht beweiſt, da er durch ſein Schweigen die Specialklage vereitelte, welche der Erbe ſonſt gegen denjenigen Beſitzer anſtellen mußte, der nicht ſelbſt ein Erbrecht behauptet, und deshalb das Erbrecht des Klägers nicht eigentlich beſtreitet. Gegen einen Beklagten, der nur deshalb die Herausgabe verweigert, weil er leugnet, daß, wie Kläger behaupte, die Sache dem Erblaſſer gehört habe, daß er dem Erblaſſer ex commodato oder mutuo ſchuldig ſei, oder eingeſteht, die Sache möge dem Erblaſſer gehören, er ſei allerdings dem Erblaſſer ſchuldig, aber leugnet, daß Kläger Erbe ſei, gegen ſolchen Beſitzer muß die betreffende Specialklage, rei vindicatio, actio commodati, condictio ex mutuo angeſtellt werden. **) Als Beſitzer für die heredi-

*) L. 9 L. 10 pr. D. h. t. (5, 3). „Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam.“ L. 10 pr. „licet minimam.“ L. 11. L. 12. L. 13 pr. D. h. t. (5, 3). „Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri; quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. § 1. Pro possessore vero possidet praedo; l. 12. — qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendat se heredem vel per mendacium. l. 13. — nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor petione hereditatis tenentur.“

**) L. 42 D. h. t. (5, 3). „Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo, quod neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.“

tatis petitio gilt aber a) nicht bloß der natürliche Beſitzer, ſondern durch das Sct. Juventianum unter Hadrian wurde auch der fictus possessor, d. i. qui liti se obtulit, und qui dolo fecit, quominus possideret zum Beklagten qualificirt. *) b) Nicht bloß der Beſitzer des ganzen Nachlaſſes, ſondern auch wer einzelne corpora oder die Ausübung eines jus in re, ja wer eine Forderung beſitzt, d. h. der Erbſchaftsſchuldner, **) der unter der Behauptung ſelbſt Erbe zu ſein, die Zahlung verweigert. c) Nicht bloß wer wirkliche Erbſchaftsſachen, d. h. ſolche, die in specie in dem Nachlaß geweſen ſind, beſitzt, ſondern auch wer Acceſſionen oder eine Bereicherung aus Erbſchaftsgeld oder Erbſchaftsſachen beſitzt, iſt Beklagter; ***) denn es wird mit dieſer Klage niemals unmittelbar eine Species und ein Einzelnes gefordert, ſondern Aufgeben des Erbanſpruchs gegen den Anſpruch des Klägers, und folgeweiſe Reſtitution des auf unrechtmäßigen Anſpruch begründeten Beſitzes, und Entſchädigung wegen unbeikommender Beeinträchtigung. Der Kläger hat nur ſein Erbrecht, das alleinige oder zu dem Theil, zu welchem er es behauptet, und den Beſitz des Beklagten oder deſſen dolus, der denſelben zum fictus possessor macht, zu beweiſen. — Was die Verbindlichkeit des Beklagten betrifft, ſo haftet der bonae fidei possessor für die Zeit vor der Streiteinlaſſung nur wegen dolus, der malae fidei possessor für omnis culpa. Nach derſelben haftet der erſtere zwar für jede culpa, für den casus aber nur, wenn der Kläger beweiſt, daß ihn der casus nicht getroffen haben würde; der malae fidei possessor aber haftet, ſo lange er nicht beweiſt, daß der casus auch den Kläger getroffen haben würde. †) Wenn vor erhobe-

*) L. 13 § 13. 14 D. h. t. (5, 3).

**) L. 13 § 15 D. h. t. (5, 3). „Item a debitore hereditario, quasi a juris possessore; nam et a juris possessoribus posse hereditatem peti constat.“

***) L. 16 § 1 D. h. t. (5, 3). „Sed et is, qui pretia rerum hereditarium possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.“
L. 20 pr. § 1. L. 22. L. 23 D. h. t. (5, 3).

†) L. 42 pr. D. h. t. (5, 3). L. 15 § 3 D. de rei vind (6, 1).

nem Proceſſe der bon. fid. possessor Erbſchaftsſachen veräußerte, ſo kann er nur auf die noch vorhandene Bereicherung,*) der mal. fid. possessor im gleichen Fall auf den vollen Werth belangt werden. In Beziehung auf die Früchte haftet der bon. fid. possessor vor der Streiteinlaſſung nur wegen der exstantes, und wegen der aus conſumirten Früchten noch vorhandenen Bereicherung; nach der litis contestatio aber wegen aller, auch wegen der von ihm vernachläſſigten, percipiendi. Der mal. fid. possessor haftet für alle, die jemals während der Zeit ſeines Beſitzes gezogen ſind und hätten gezogen werden können. Gegen dieſe Verbindlichkeiten kann der beklagte bon. fid. possessor natürlich etwanige Forderungen gegen den Erblaſſer durch Retention, alſo auch naturale Forderungen, geltend machen**) und Erſatz für nothwendige und nützliche Verwendungen auf die Sache und auf die Früchte verlangen; nach Billigkeit der bon. fid. possessor weiter und mehr als der mal. fid. possessor.***)

§ 42.

2. Familiae erciscundae actio.

Die actio f. e. iſt die einem jeden Miterben gegen ſeinen Miterben zuſtändige perſönliche Klage auf reelle Theilung des Nachlaſſes nach Maaßgabe des ideellen Antheils eines Jeden.†) 1) Kläger iſt nur der, welcher überhaupt und zu

---

*) L. 22 l. 23 pr. D. h. t. (5, 3).

**) L. 31 § 1. 2. D. h. t. (5, 3). „Sed si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit, maxime si id fuit debitum, quod natura debebatur. Quid tamen si expediebat petitori, id debitum esse dissolutum propter poenam vel aliam causam? Potest dici, ipsum sibi vel solvisse, vel debuisse solvere. § 2. „Justus autem possessor dubio procul debebit deducere, quod sibi debetur.“

***) L. 36 § 5. L. 37. L. 38. L. 39 D. h. t. (5, 3).

†) L. 1 pr. D. famil. ercisc. (10, 2). „Haec actio proficiscitur e lege duodecim tabularum; namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.“

dem von ihm behaupteten Theil als Miterbe anerkannt iſt. Wird ihm ſein Erbrecht gänzlich oder zum Theil beſtritten, ſo muß er erſt durch hereditatis petitio den Beweis dieſes führen. *) Beklagter iſt nur ein Miterbe. Object der Theilung iſt eigentlich nur die Geſammtheit der corpora,**) d. i. familia; denn die Forderungen und Schulden ſind durch die Antretung ipso jure unter alle Erben pro rata getheilt.***) Doch können im judicium fam. erc. der Bequemlichkeit wegen dem einen Erben dieſe, dem andern jene einzelnen Forderungen und Schulden durch Ceſſion und Delegation ganz zugewieſen werden. †) Wenn bei der Theilung durch dieſes Verfahren einzelne Sachen ungetheilt geblieben ſind, ſo kann auf Theilung dieſer nur communi dividundo,††) nicht aber fami-

---

*) L. 7 D. Si pars hereditatis petatur (5, 4). „Non possumus consequi per hereditatis petitionem id, quod familiae erciscundae judicio consequimur, ut a communione discedamus; quum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi jubeat.“

**) L. 4 pr. D. famil. ercisc. (10, 2). „Ceterae itaque res praetor nomina veniunt in hoc judicium.“

***) L. 6 C. famil. ercisc. (3, 36). „Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt.“

†) L. 2 § 5. L. 3 pr. D. h. t. (10, 2). „In hoc judicium etsi nomina non veniunt, tamen, si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei, et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni. L. 3. Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia attribuat, quia saepe et solutio, et exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur.“

††) L. 20 § 4 D. h. t. (10, 2). „Familiae erciscundae judicium amplius, quam semel agi non potest, nisi causa co-

liae erciscundae geklagt werden; denn familia iſt nur die ungetheilte Geſammtheit der corpora. Die Theilung ſelbſt geſchieht nach der Natur der zu theilenden Gegenſtände und nach der Bequemlichkeit der Intereſſenten. Geld und andere reell theilbare Sachen werden nach Maaßgabe der Erbquoten reell vertheilt; untheilbare Sachen werden entweder verkauft und dann der Erlös vertheilt, oder es wird Einem oder Mehreren nach einer Schätzung das Eigenthum und auch wohl jura in re adjudicirt, und der Erwerber condemnirt, den Uebrigen den Werth ihres Antheils in Gelde zu zahlen.

§ 43.
Collation.

Die durch die Quote des erworbenen Erbrechts vorgeſchriebene Grundnorm der Theilung des Nachlaſſes kann durch die ſ.g. Collationspflicht einzelner Erben modificirt werden, d.i. die Verbindlichkeit gewiſſer Erben, eigenes Vermögen in die zu theilende Maſſe einzuwerfen, conferre, um ſich dadurch die Theilnahme an der Theilung zu eröffnen. Eingeführt wurde das ganze Inſtitut durch das Edict und zuerſt nur für den Fall, wo ein emancipirtes Kind neben suis an der bon. poss. contra tabulas Theil nahm, oder neben suis ab intestato erbte, in der Abſicht beide rechtlich gleichzuſtellen; der Emancipirte ſoll durch die Emancipation nicht verlieren, aber auch nicht gewinnen. Er hatte aber vor dem in der Gewalt gebliebenen suus den rechtlichen Vorzug, daß er Alles für ſich, der suus Alles für den Vater erwarb.*) Der Emancipirte ſollte daher, um mit den suis bei der Beerbung des Aſcenden-

---

gnita. Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest."

*) L. 1 pr. D. collat. (37, 6). „Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna."

ten zu concurriren, Alles conferiren, was er, wenn er in der Gewalt geblieben wäre, dem Vater erworben hätte, nicht alſo was peculium castrense oder quasi castrense geworden wäre; denn ſolches hätten auch die sui erwerben können; ob ſie es wirklich erwarben, gilt gleich; denn nicht eine factiſche, ſondern Rechtsgleichheit erzielt das Edict. Nicht mehr aus dieſem Princip der rechtlichen Gleichſtellung geſchah es, daß der Prätor der dotirten Tochter, ſelbſt der sua, welche neben andern suis oder emancipatis den Vater beerben wollte, die Collation der dos zur Bedingung machte.*) Freilich genoß auch die dotirte sua einen Vorzug, da ſie, wenn auch nicht ſtreng rechtlich, doch dem Erfolge nach ſo gut wie Herrin der dos war; aber dieſer Vortheil war ein mehr factiſcher, der den andern suis und den emancipatis durch einen factiſchen Zufall entging, aber nicht durch die Regel des Rechts verſchloſſen war.

Durch kaiſerliche Conſtitutionen wurde endlich das Collationsrecht ſeinem urſprünglichen Princip entfremdet und durch die Tendenz einer mehr factiſchen Gleichſtellung der Grundſatz geltend, daß alle Descendenten, sui oder emancipati, welche zuſammen einen gemeinſchaftlichen Ascendenten ab intestato oder ex testamento beerbten, Alles dasjenige conferiren ſollten, was ſie bei Lebzeiten des Erblaſſers von dieſem voraus empfangen hätten, ſo fern nicht eine ausdrückliche oder ſtillſchweigende entgegengeſetzte Abſicht des Erblaſſers zu erkennen wäre.

1) Dieſe Collationspflicht des neuſten Rechts haben Descendenten, aber auch alle Descendenten in gleicher Weiſe. Die urſprüngliche eigenthümliche Collation der emanci-

*) L. 4 C. de collat. (6, 20). „Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant; nec dubium est, profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit."

pati gegen die sui wurde durch die faſt gänzliche Gleichſtellung der sui und emancipati in der Erwerbsfähigkeit indirect ſchon früher, direct durch Juſtinian aufgehoben. 2) Gegenſtand der Collation iſt nur, was der Collationspflichtige durch Liberalität bei Lebzeiten des Erblaſſers von dieſem erworben hat. Dahin gehört alſo vorzüglich die dos und die donatio propter nuptias,*) aber nur ſo fern der Collationspflichtige noch dadurch bereichert iſt. Nicht zu conferiren iſt eine andere einfache Schenkung, donatio simplex, ausgenommen, wenn der Beſchenkte mit ſolchen concurrirt, welche durch ausdrücklichen Befehl des Erblaſſers**) eine donatio simplex oder von Rechtswegen eine donatio propter nuptias conferiren müſſen. Nicht zu conferiren ſind ferner remuneratoriſche Schenkungen und nicht was in das castrense oder quasi castrense peculium gegeben iſt. Die Verbindlichkeit zur Collation kann übrigens vom Erblaſſer erlaſſen oder verboten werden***) und fällt natürlich ganz weg, wenn der Collationspflichtige auf ſein Erbrecht verzichtet.

§ 44.

II. Erwerb der Vermächtniſſe.

Beim Erwerbe der Singularvermächtniſſe ſind zwei Zeitpuncte zu unterſcheiden. Der eine, mit deſſen Eintritt es

---

*) L. 17 C. de collat. (6, 20). „Ut liberis tam masculini quam feminini sexus, juris sui vel in potestate constitutis, quocunque jure intestatae successionis, id est aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita vel inofficiosi querela mota rescisso, aequa lance parique modo prospici possit, hoc etiam aequitatis studio praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia, proavus vel proavia, paternus vel maternus dederit vel promiserit pro filio vel filia, nepote vel nepte, aut pronepote sive pronepte.“

**) L. 1 C. h. t. (6, 20).

***) Nov. 18 c. 6.

heißt: „dies legati vel fideicommissi cedit“ *) iſt der Moment, von wo an der Honorirte den Anſpruch auf das Legat erworben hat, ſo daß er ihn auf ſeine Erben transmittirt. **) Dieſer Zeitpunct iſt regelmäßig mit dem Tode des Erblaſſers da. Der zweite, mit deſſen Eintritt es heißt: „dies legati vel fideicommissi venit“ iſt der Zeitpunct, wo das Legat gefordert werden kann, und dieſer iſt regelmäßig mit der Antretung des Erben vorhanden. ***) Dieſe Regel leidet eine Ausnahme a) bei den unter Suspenſivbedingung hinterlaſſenen Legaten; denn hier iſt das „dies cedit“ erſt mit Eintritt der Bedingung vorhanden, †) das „dies venit“ wenn Antretung und Bedingung zugleich da ſind. b) Bei dem Vermächtniß ex die certo oder incerto aber, weil es gewiß iſt, daß der dies einmal kommen werde, iſt „dies cedit“ mit dem Tode des Erblaſſers, das „dies venit“ aber erſt mit dem Eintritt des Tages vorhanden. c) Es verſteht ſich von ſelbſt, daß Vermächtniſſe, die überhaupt nicht, auch nachdem dies venit, nicht auf die Erben transmittirt werden können, z. B. ein usus fructus, auch nicht vom Honorirten transmittirt werden, wenn derſelbe antequam dies venit aber posteaquam dies cessit, ſtarb.

---

*) L. 213 pr. D. de V. S. (50, 16). „Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit.“

**) L. 5 pr. D. quando dies legator. vel fideicom. cedat. (36, 2). „Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.“

***) L. 5 § 1 D. h. t. (36, 2). „Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit, si vero post diem sint legata relicta, simili modo, atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit; nam hujus dies non ante cedit, utputa si ususfructus sit post annum relictus; hanc enim sententiam probamus.“

†) L. 5 § 2 D. h. t. (36, 2). „Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta; ne quidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.“

Auf Auskehrung des Vermächtniſſes hat der Honorirte gegen den Onerirten immer eine perſönliche Klage quasi ex contractu.*) Wenn ihm ein dingliches Recht des Erblaſſers vermacht iſt, eine directa in rem actio, rei vindicatio, confessoria etc., oder wenn der Teſtator bon. fid. possessor war, die actio Publiciana. Zur Sicherung hat der Honorirte ein geſetzliches Pfandrecht an dem onerirten Erbtheil, kann unter Umſtänden aber, wo die Auszahlung des Legats aus factiſchen oder juriſtiſchen Gründen, z. B. wegen nicht eingetretener Bedingung oder Zeitbeſtimmung noch nicht möglich oder nothwendig iſt, eine Sicherheitsleiſtung, cautio legatorum servandorum causa,**) oder in Ermangelung dieſer gar immissio in possessionem***) fordern. Für den Fall, daß unter einer auf die Perſon des Honorirten geſtellten negativen Proteſtativbedingung ein Legat hinterlaſſen war, welches, da die Erfüllung erſt mit dem Tode des Honorirten entſchieden werden konnte, nach ſtrengem Recht nichtig ſein mußte und nach altem Recht nichtig war, weil der Honorirte den dies cedens nicht erleben konnte, erfand der Juriſt Q. Mucius Scaevola den Ausweg der nach ihm ſo genannten cautio Muciana,†) welche ſpäter auch auf bedingte Er-

---

*) § 5 I. de obl. quae ex contr. (3, 27). § 2 I. de leg. (2, 20).

**) L. 69 § 5 D. de leg. I. (30). L. 1 pr. D. ut legator. vel fideicomm. servandorum causa caveatur (36, 3).

***) L. 5 pr. D. Ut in poss. legator. (36, 4). „Is, cui legatorum fideive commissorum nomine non cavetur, missus in possessionem nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur; neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.“

†) L. 7 pr. D. de condit. et demonstrat. (35, 1). „Mucianae cautionis utilitas consistit in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, utputa: „Si in Capitolium non ascenderit; si Stichum non manumiserit,“ et in similibus.“ L. 18 D. h. t. (35, 1). „Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet ca-

beseinſetzungen angewandt wurde. Der Honorirte empfängt nämlich das Legat, und leiſtet wegen Rückzahlung auf den Fall der Uebertretung des Verbots dem Onerirten eine Caution, welche erliſcht, wenn der Tod des Honorirten die Bedingung erfüllt und das Legat definitiv auf ſeine Erben transmittirt.

---

vere debet Muciana cautione, ad quem jure civili deficiente conditione hoc legatum, eave hereditas pertinere potest."

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Regiſter.

Acceptilatio .... Seite 442
Accessio possessionis........208
Acceſſionen.............152, 218
Actio.....................500
ad exhibendum.........426
aestimatoria...........357
aquae pluviae arcendae.415
communi dividundo.....403
confessoria............229
de dolo...............431
de effusis et dejectis ...412
de in rem verso.......608
de pauperie...........428
de pecunia constituta 326,374
de posito et suspenso ..413
de tigno juncto.. not.*) 427
de uxore exhibenda et ducenda............575
directa, contraria......513
exercitoria............343
familiae erciscundae....772
finium regundorum.....404
furti..................383
furti adversus nautas, caupones etc........413
hypothecaria...........271
in factum.........354, 507
in rem scripta.........504
institoria..............343
mixta.............503, 506
negatoria..............186
pigneratitia........271, 328
Actio praescriptis verbis Seite 354
Publiciana.............183
quanti minoris.........474
quod jussu............606
quod metus causa......430
rationibus distrahendis..658
redhibitoria...........474
rei uxoriae............585
tributoria.............608
tutelae................657
Actiones directae, utiles.....506
in rem, in personam.502
rei persecutoriae, poenales............505
noxales............428
perpetuae, temporales 513
populares..........513
stricti juris, bonae fidei, arbitrariae........511
Ademtio legatorum..........754
Adfinität...................573
Addictio in diem............360
Aditio hereditatis...........756
Adjudicatio.................211
Adoptio....................622
Adrogatio..................621
Agnati..................116, 682
Agnatio postumi........745, 753
Alveus derelictus............219
Analogie...................162
Ἀντίχρησις.................256
Auctoritas tutoris...........649

Bayerische Staatsbibliothek MÜNCHEN

Baſiliken. . . . . Seite 84
Bedingung. 160
Beneficium cedendarum actionum. 373
competentiae 468
divisionis. 372
excussionis. . . 271, 371
inventarii. 760
Beſitz. 187
Bevollmächtigung 338
Bona fides 240, 545
Bonorum possessio. 672
contra tabulas. 748
intestati 684
secundum tabulas . . 699
sine re, cum re. . . . 679
utilis, necessaria . . . 680
Capitis deminutio. 141
Casus 458
Cautio damni infecti. 416
Cautio Muciana. 778
Cedit dies legati. 777
Cessio bonorum. 559
Ceſſion der Forderungen 491
Cessio in jure. 173
Citirgeſetz Valentinians. 76
Civität. 141
Codex Gregorianus. 76
Hermogenianus. 76
Justiniani 78, 82
Theodosianus. 76
Codicillarclauſel 739
Codicille. 730, 739
Codicilli ab intestato 739
ad testamentum facti 739
testamento confirmati. 739
Coemtio 565
Cognatio 687
Cognitor. . . . . not*) 538
Commercium. 141
Commixtio 219
Commodatum. 325
Compenſation . . . . Seite 475
Concubinat 599
Concursus causarum lucrativarum. 497
Condictio 404
causa data. 355
certi, incerti 411
furtiva. 385, 405
indebiti. 406
ex lege. 411
ex mutuo. 321
ob turpem vel injustam causam 409
sine causa. 410
triticiaria. 411
Confarreatio 564
Connubium. 571, 141
Conſenſualcontracte. 304, 328
Constitutum debiti. 326, 374
possessorium 216
Contubernium. 634
Contractus, pacta. 291. 292
Correalobligation. 285
Cretio. 757
Culpa. 445
Cura furiosi. 659
minorum. 660
prodigi 660
Damnum 444
injuria datum. 388
Darlehn. 318
Debitor. 284
Dedititii. 638
Delationsgründe des Erbrechts. 670
Delegatio. 486
Deliberationsfriſt 758, 763
Delict. 291, 378
Depositum. 321
Digesta. 79
Divortium. 594
Dolus. 297, 431
Dominium 165

Dominum ex jure Quiritium S. 165
Donatio 362
mortis causa 739
propter nuptias 589
Dos 576
adventitia 577
aestimata 580
necessaria - voluntaria 578
profectitia 577
receptitia 577
Restitution derselben 584
Retentionen aus derselben . 585
Dotis dictio 578
datio 578
pollicitatio 578
promissio 578
Duplicatio 550
Edicta Magistratuum 43
Edictum perpetuum 47, 64
Ehe 561
Ehehindernisse 571
Eheſcheidungen 594
Ehre 140
Eigenthum 165, 177
Einreden 546, 433, 543
Emancipatio 627
Emphyteuſe 245
Emtio, venditio 328
Enterbung 741, 748, 750
Erbeinſetzung 706
Erbfähigkeit 707
Erbrecht 664, 668
Ereptitium 755
Error 297
Erſitzung 101, 198, 237
Erwerb der Erbſchaft 755
der Vermächtniſſe 776
Evictionsleiſtung 471
Exceptio 546, 433, 543
non numeratae pecuniae 349
rei judicatae . . . 499, 553
Exeptio rei venditae et traditae . . . . . Seite 176
Excuſationen der Vormünder . . 653
Exheredatio ſ. Enterbung.
Existimatio 144
Expromiſſion 486
Familia 96, 116
Familiae emtor 117, 698
Fauſtpfand 250, 327
Fictio legis Corneliae 706
Fideicommissa 730
hereditatis 731
singularum rerum 736
Fidejussio 369
Fidepromissio 368
Fiducia 106, 250, 628
Filii, Filiaefamilias 600
Formen der Rechtsgeſchäfte und Verträge 98, 157, 299, 302
Formelbücher 52, 53
Formulae 516, 527, 532
Freiheitserſitzung 241, 275
Freiheitsproceſſe 642
Früchte 226, 152
Fundus dotalis 582
Furiosi 659
Furtum 110, 378
Gajus 70, 76
Geld 280
Gentes 22
Gentiles 28, 116, 683
Geſetz 136
Gestio pro herede 756
Gewohnheitsrecht 133
Gloſſatoren 85
Habitatio 229
Heredes extranei, voluntarii . . . 756
necessarii 708
sui et necessarii 741, 755
681
Hereditas ab intestato 681
delata, acquisita 670

Hereditas jacens........Seite 664
Hereditatis petitio...........769
Heres ex asse..............711
Homines sui, alieni juris.....141
Hypotheca..................253
Impensae...................153
Impuberes..............117, 646
In bonis...................174
Indignität.................755
Infamia....................146
Infantes...................647
Ingenui....................637
In jure cessio.............173
hereditatis...........766
Injuria.................112, 394
In manum conventio.....105, 565
Innominatcontracte..........351
Inſinuation.................364
Inſtitutionen.............3, 81
Interceſſion................368
Interdicte..................509
poſſeſſoriſche....196, 418
de arboribus caedendis.............414
de glande legenda..414
de precario........424
de superficiebus....248
quorum bonorum674,768
quod vi aut clam...418
Salvianum.....251, 270
unde vi...........422
uti possidetis......419
utrubi.............422
Intereſſe...................444
Interpretation..............161
Inteſtaterbfolge............681
Judicium....................529
legitimum...........530
Jurisprudenz...........50, 68
Jura in re aliena..........220
Juriſtenſchulen..............68
Jus.........................527
Jus abstinendi..........Seite 682
accrescendi.....671, 694, 712
civile, gentium, naturale.129
commune, singulare.....136
offerendi..............256
publicum privatum......137
Aelianum...............54
Flavianum..............52
Papirianum.............53
Praetorium, honorarium43,130
Jusjurandum in litem........457
Kaufcontract.................328
Klagen.......................501
Klagenverjährung.............513
Laesio enormis...............332
Latini.......................639
Laudemium....................247
Legare.......................118
Legatum......................718
debiti...............725
liberationis.........725
nominis..............725
partitionis..........724
per damnationem......720
per vindicationem....719
per praeceptionem....721
sinendi modo.........720
Lege intestabiles............145
Leges centuriatae.........32, 40
curiatae.............25, 40
Legis actiones.........516, 521
Legitimation d. Concubinenkinder 624
Leihcontract.................325
Levis nota...................146
Lex Aebutia..................533
Aelia Sentia..............638
Anastasiana...............495
Aquilia...................388
Atilia....................651
Canuleja..................571
Commissoria...............360
Cornelia.........50, 602, 706

Lex XII tabularum........Seite 38
Falcidia................727
Furia...................726
Hortensia...............42
Julia et Papia Poppaea..598
Julia et Titia..........651
Junia Norbana...........639
Plaetoria...............661
Poetelia Papiria....277, 664
Publilia Philonis.......41
Rhodia de jactu.........425
Scribonia...............238
Valeria Horatia.........41
Voconia.................726
Libellus actionis.......537
Liberi..................600
naturalas...............599
Liberti.................641
Libertus orcinus........641
Literarum obligatio.....348
Litis contestatio.......543
Locatio conductio.......335
Lucrum cessans..........444
Magister navis..........343
Magistratus.............43
Mancipatio..............171
Mancipium.........103, 171, 643
Mandatum................338
qualificatum............375
Manumissio..............636
Manus über die familia. 90, 92, 101
mariti..................563
Matrimonium.............571
Merces..................338
Metus...................298
Miethcontract...........335
Minderjährige...........660
Missio in bona ex secundo decerto...............416
in bona.............259, 556
Modus...................160
Mora....................465
Mortis causa donatio, capio S. 741
Mutuum..................318
Nachlaß.................664
Naturalis obligatio.....288
Nebenbeſtimmungen bei Rechtsgeſchäften...............159
Nebenſachen.............152
Nebenverträge...........360
Negligentia.............488
Negotiorum gestio.......401
Nexi liberatio.......114, 441
Nexum...............91, 92, 110
Nomina transcriptitia...349
Nominatores.............658
Non usus................241
Nota censoria...........145
Notherben.........741, 748, 750
Novatio.................482
Novellae................84
Novi operis nunciatio...417
Noxa....................428
Noxae deditio.....428, 609, 643
Nuptiae justae..........571
secundae................596
Obligatio...............276
civilis, naturalis....288
inefficax, inutilis 433, 491
nulla...............433, 441
Obligationen, deren Entſtehung. 293
Eintheilung.....287
Löſung.........433
Occupation..............210
Operae libertorum....305, 641
servorum s. animalium 229
Operis novi nunciatio...417
Ordo judiciorum privator. 515, 521
Pacta...................292
adjecta.................360
dotalia.................593
klagbare................359
de non petendo.........479
legitima................362

Pacta nuda............Seite 365
Praetoria.............362
in rem, in personam...479
Pactum antichreticum........256
commissorium...... .360
hypothecae......250, 260
displicentiae.........361
Pandekten..................79
Papinianus.................70
Parapherna.................591
Partiarius colonus..not*) 336, 338
Partus ancillae..........226, 635
Pater familias...............91
Patria potestas 600
Patrimonium..........94, 144, 149
Patrocinium.................30
Patronatus..................640
Pauperies...................428
Peculium....................611
adventitium.....613. 615
castrense...........611
concessum..........606
quasi castrense 613
Pecunia.........96, 147, 277, 280
Periculum...................458
Permutatio..................358
Persona.....................138
Perſonalſervituten.............224
Pfandcontract...............327
Pfandrecht..................249
Pfandprivilegium............269
Pflichttheil...............746, 750
Pignus......................327
conventionale........260
generale, speciale....254
judiciale...........259
necessarium, volunta-
rium..........259, 260
privatum, publicum...268
tacitum..............259
Plebes...................29, 36
Plebiscita...................42
Plena pubertas.........Seite 619
Plus petitio.................541
Possessio...................187
bonae fidei. 183, 190, 216
civilis, naturalis.....190
justa, injusta.......420
vitiosa.............195
Possessor fictus.............180
Postumus...............707, 745
Praedo.....................770
Praelegatum................721
Praescriptio longi temporis...200
XXX vel XL an-
norum.......208
Präſumtionen................158
Präterition.........741, 748, 750
Praecarium.................358
Praetor...................43, 45
fideicommissarius.....730
Privatrecht..........89, 137, 153
Privilegium.................137
exigendi..........558
Proculiani..................69
Procurator............338, 538
in rem suam......493
Prodigi.....................660
Pubertas...............117, 646
Pupillus....................646
Quarta Divi Pii.............622
Falcidia.............727
Trebellianica 736
Quasi possessio.............239
ususfructus..........225
Querela inofficiosi testamenti 746
Rapina 387
Ratio juris..................163
legis................163
Realcontracte...........317, 351
Recht im objectiven Sinn...7, 127
ſubjectiven Sinn 153
Rechtsgeſchäfte..........98, 157
Rechtsobjecte...........92, 147

Regula Catoniana ...... Seite 723
Rei 288
Rei stipulandi promittendi 285
  vindicatio 180
Replicatio 550
Repudium 594
Res 147
  communes 149
  corporales, incorporales .. 150
  dividuae 151
  divini juris 149
  extra patrimonium 149
  fungibilis 150
  judicata 553
  mancipi nec mancipi .. 92, 170
  mobiles, immobiles 151
  publicae 149
  religiosae 149
  sacrae 149
  sanctae 149
  uxoria 576
Respectus parentelae 573
Responsa prudentum 50, 68
Reſolutivbedingung 160
Retentionen bei der dos 585
Sachen ſ. Res.
Sachenrecht 155, 165
Schadenserſatz 454
Schatz 211
Scheidung 594
Schenkung 362
Schwägerſchaft 573
Sclaverei 631
Selbſthülfe 539
Senatusconsulta 58, 62
Senatusconsultum Libonianum . 704
  Macedonianum 610
  Neronianum . 722
  Orphitianum . 690
  Pegasianum . 733
  Plancianum . 617
  Tertullianum . Seite 689
  Trebellianum 732
  Vellejanum .. 375
Servi 631
  poenae 636
Servitutes 108, 156, 221
  personarum 224
  praediorum 222
Servitutenerſitzung 237
Singularfideicommiß 736
Singularſucceſſion 671
Societät 344
Societas leonina 345
  universorum bonorum 346
Solutio 443
Spadones 572, 620
Specificatio 209
Sponsalia 574
Sponsio 368
Status 140
Statu liberi 640
Stipulatio 306
  Aquiliana 367
Stipulationes partis et pro parte 724
Stipulator 306
Substitutio 713
  duplex, simplex ... 717
  pupillaris 715
  quasi pupillaris, exemplaris 717
  vulgaris 713
Successio graduum, ordinum .. 694
  hypothecaria 265
  in capita 682, 693
  in lineas 693
  in stirpes 682, 692
Sui heredes 681
Superficies 247
Suspenſivbedingung 160
Testamentum 696
Teſtament der Blinden 703

Teſtament mündliches, ſchriftliches.......Seite 702
öffentliches, privates 701, 702
prätoriſches, civiles 697, 699
Testamenti factio...........705
activa...........705
passiva.........705
Teſtamentsform..............697
Teſtamentszeugen............704
Testamentum destitutum......753
injustum.......753
irritum.........753
in comitiis calatis.....not*) 698
in procinctu....119
nullum.........753
per aes et libram 698
rescissum......753
ruptum.........753
ruri conditum...703
tempore pestis conditum.....703
Titulus justus..............203
Traditio...................212
brevi manu.........216
Translatio legatorum........754
Transmiſſion des Erbrechts....764
Trauerjahr.................597
Tribonianus.................81
Trödelcontract..............357
Turpis persona.............746
Tutela.....................646
Tutor Atilianus............651
Ulpianus....................70
Unitas actus...............702
Universitas personarum......142
rerum..........152
Usucapio...................199
libertatis..........241
lucrativa..........205
Usucapio pro herede....Seite 204
Usurae....................153
Usureceptio...............205
Usurpatio.................207
Usus................101, 564
Ususfructus...............225
Vaterſchaft................616
Väterliche Gewalt...........600
Venia aetatis..............662
Venit dies legati...........777
Verborum obligatio..........305
Vergleich..................366
Verjährung der Klagen.......513
Verletzung über die Hälfte....332
Verlöbniß.................574
Vermächtniß...........671, 737
Vermögen, deſſen Begriff 96, 154, 280
Vermuthungen..............158
Verſchwender...............660
Versio in rem..............608
Vertrag............91, 112, 293
Vertretbare Sachen..........150
Verwendungen..............153
Verzug....................465
Vi bonorum raptorum actio...387
Vindex.................556, 642
Vindicatio..........179, 502, 603
Vindiciae..............122, 527
Vis fluminis...............218
Vis, metus bei Verträgen.....298
Volljährige, Minderjährige....661
Vormundſchaft..............644
Wahnſinnige...............659
Widerruf des Teſtaments.....754
Würderungseid.............457
Zahlung...................443
Zeitbeſtimmungen........160, 711
Zinſen....................153
Zufall....................458
Zwang....................298
Zwölftafelgeſetz..............38

Druck von Hammerich u. Lesſer in Altona.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Christiansen, Johannes,

Institutionen des Römischen Rechts

Altona 1843

J.rom.c. 61 t
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565262-0